



Costituzionalismo.it

Fascicolo 3 | 2018

ROTTURE E CONTINUITÀ NELL'AVVIO DELLA XVIII LEGISLATURA

**In bilico tra gubernaculum e iurisdictio.
Osservazioni costituzionalmente orientate
sull'Autorità Nazionale Anticorruzione e sui
suoi poteri regolatori.**

di ELISA OLIVITO



IN BILICO TRA *GUBERNACULUME IURISDICTIO*
OSSERVAZIONI COSTITUZIONALMENTE ORIENTATE
SULL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE
E SUI SUOI POTERI REGOLATORI

di *Elisa Olivito*

Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico
«Sapienza» – Università di Roma

ABSTRACT

ITA

Il saggio affronta in un'ottica costituzionalistica alcune questioni concernenti l'Autorità nazionale anticorruzione e, in particolare, la sua funzione regolatoria nell'ambito dei contratti pubblici. Anche al fine di riflettere sulla possibilità di qualificare tale organismo come autorità amministrativa indipendente, sono evidenziati alcuni punti di contrasto tra la relativa disciplina normativa e il principio di legalità e sono svolte considerazioni più generali sul rapporto tra la lotta alla corruzione, la discrezionalità amministrativa e il potere politico.

EN

The essay addresses from a constitutional perspective issues concerning the *Autorità nazionale anticorruzione* and, in particular, its regulatory function in public procurement. In order to reflect on the possibility of qualifying this body as an independent administrative authority, some points of contrast between the related legislation and the rule of law are highlighted, and more general remarks on the relationship between the fight against corruption, discretionary power and political power are carried out.

IN BILICO TRA *GUBERNACULUME IURISDICTIO*
OSSERVAZIONI COSTITUZIONALMENTE ORIENTATE
SULL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE
E SUI SUOI POTERI REGOLATORI

di *Elisa Olivito*

SOMMARIO: 1. *L'Autorità nazionale anticorruzione è un'autorità (amministrativa) indipendente? Una questione da ribaltare: 1.1. L'Autorità nazionale anticorruzione come epitome della commistione tra diritto amministrativo e regimi privatistici e dell'apparente neutralizzazione del diritto pubblico attraverso la "tecnica"; 2. Il paradosso dell'iper-regolazione "flessibile" nel nuovo codice dei contratti pubblici e le ricadute sulla certezza del diritto; 3. Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione: di alcune (discutibili) riconfigurazioni del principio di legalità: 3.1. La riconduzione della "regolazione flessibile" dell'Autorità nazionale anticorruzione nelle maglie del c.d. soft law: rilievi critici; 4. Amministrazione, contrasto alla corruzione ed elusione del problema del potere politico.*

L'ultima legge finalmente, diretta all'istesso oggetto, è quella che impedisce l'abuso del potere. Siccome l'abuso del potere è quasi sempre unito al potere istesso; siccome questo abuso pernicioso da per tutto, è più d'ogn'altro fatale ne' governi liberi e popolari, le leggi debbono prevenirlo.

G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, I

1. L'Autorità nazionale anticorruzione è un'autorità (amministrativa) indipendente? Una questione da ribaltare

Sono trascorsi molti anni da quando l'Associazione italiana dei costituzionalisti dedicava il suo convegno annuale ad "Autorità indipendenti e principi costituzionali", segno del fatto che tale tema, divenuto oggetto di numerosissimi dibattiti e contributi, interrogava da vicino la dottrina costituzionalistica. In quella sede fu da più parti ribadita la

necessità di non indulgere in «semplificazioni unificanti»¹ e di non ricondurre a un'unica, riduttiva, formula organismi molto diversi per struttura, funzioni e poteri.

È noto d'altro canto che in Italia, diversamente da quanto accaduto in altri ordinamenti, il proliferare di "autorità indipendenti" non è stato accompagnato dall'approvazione di una disciplina organica; neppure hanno avuto seguito le proposte volte a garantire loro un'espressa copertura costituzionale, essendo stati sollevati non pochi dubbi in ordine a tale eventualità². Se da un lato ciò non ha impedito che nel nostro ordinamento il fenomeno si consolidasse, con l'istituzione di nuove "autorità" e l'irrobustimento di quelle già esistenti, i dubbi – in special modo della scienza costituzionalistica – sul fondamento e sulla posizione tali organismi non si sono mai sopiti. Al contempo, non sono venute meno né le perplessità sulla (talvolta assicurata, talaltra solo auspicata) indipendenza di dette autorità dalle istituzioni politiche, né le difficoltà relative ai rapporti tra esse e l'autorità giudiziaria³.

Con l'irrompere sulla scena dell'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora in avanti Anac) è sembrato, da più parti, che essa potesse essere

¹ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Annuario AIC 1997, Padova, Cedam, 1999, 13.

² Cfr. M. MANETTI, *Il garante della par condicio: potere illegittimo, autorità amministrativa indipendente, o potere dello Stato?*, in F. MODUGNO (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1997, 104 ss.; S. NICCOLAI, *Le autorità indipendenti nel progetto di revisione costituzionale*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1999, 205 ss.

³ Emblematica delle oscillazioni in ordine alla qualificazione e alla collocazione di tali autorità è, peraltro, l'ordinanza n. 86/2018, con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha sollevato questione di legittimità costituzionale in via incidentale. La Corte costituzionale ha, nondimeno, dichiarato inammissibile la questione per difetto di legittimazione del rimettente, escludendo tra l'altro «anche la possibilità, prospettata dal rimettente, di una sua configurazione di giudice "ai limitati fini" per la ritenuta esigenza di garantire il rispetto del principio di costituzionalità e quindi di evitare l'esistenza di una zona franca (il controllo di costituzionalità sarebbe escluso) ovvero (e contraddittoriamente) una zona d'ombra (il controllo sarebbe "estremamente difficile", o più difficile o "poco agevole")» (sent. n. 13/2019).

Sulla problematica legittimazione soggettiva di detta autorità a promuovere l'incidente di costituzionalità si vedano S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine». Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 14/2018, 2 ss.; P. CARNEVALE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della "zona franca". Primissime considerazioni alla luce della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, ivi, 17/2018, 2 ss.

facilmente annoverata tra le “autorità indipendenti”⁴, una categoria per la quale – secondo alcuni⁵ – la mancanza dell’aggettivo “amministrative” starebbe a significare che vi sono autorità di garanzia, i cui compiti (e, dunque, gli spazi di manovra) trascendono quelli della mera (seppur in diverso senso “indipendente”) amministrazione. Tuttavia, la creazione, la struttura e le funzioni dell’Anac inducono a una qualche cautela circa la possibile qualificazione della stessa come “autorità indipendente”, dovendo al riguardo ritenersi che la sua riconducibilità al novero di tali organismi sia semmai il portato delle funzioni assegnategli e delle modalità con cui queste sono esercitate e non, al contrario, il presupposto di esse.

Giova, a tal proposito, rammentare che la c.d. nuova Anac⁶ è il frutto del riordino della precedente disciplina normativa e della scelta di far confluire su di essa funzioni prima attribuite ad altri organismi: la Commissione per la valutazione, l’integrità e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni (di seguito Civit), istituita dal decreto legisla-

⁴ Cfr. Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855 sullo schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, ai sensi dell’articolo 1, comma 3, della legge n. 11/2016: «Questo Consiglio di Stato ritiene [...] preferibile l’opzione interpretativa che combina la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione con la natura del soggetto emanante (l’ANAC), la quale si configura a tutti gli effetti come un’Autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche) di regolazione. Pertanto, appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell’ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, di regolazione» (corsivi miei).

Peraltro, precedentemente il Consiglio di Stato aveva già riconosciuto la natura di autorità indipendente alla Civit: Consiglio di Stato, Sez. I, parere 22 marzo 2010, n. 1081.

⁵ Cfr. S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, il Mulino, 1996; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1996, 126. In senso analogo anche G. GUARINO, *Le autorità garanti nel sistema giuridico*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, cit., 41 ss.

Per una riflessione critica sull’abbandono della formula “autorità amministrative indipendenti” in favore dell’espressione “autorità indipendenti” si veda S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, Edizioni ETS, 1996, 12 ss.

Per il rilievo che le autorità indipendenti continuano, in ogni caso, a essere “amministrative”, con tutto ciò che ne consegue in termini di giustiziabilità delle loro decisioni, si veda G. FALCON, *Il «primo», il «secondo» ed il «terzo» garante nei settori dell’editoria e della radiodiffusione*, in F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1993, 97.

⁶ Cfr. R. CANTONE, F. MERLONI, *Presentazione*, in R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2015, 1 ss.

tivo n. 150/2009 (art. 13)⁷ e l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d'ora in avanti AVCP), così denominata dall'art. 6 del decreto legislativo n. 163/2006⁸. L'Anac ha, inoltre, acquisito poteri collegati alla persecuzione di alcuni reati contro la pubblica amministrazione (art. 7, legge n. 69/2015, c.d. nuova legge anticorruzione)⁹ e alla definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico (art. 5-*bis*, decreto legislativo n. 33/2013, introdotto dal decreto legislativo n. 97/2016).

Da ultimo, l'Autorità ha assunto un ruolo centrale a seguito dell'approvazione della legge delega n. 11/2016 e del decreto legislativo n. 50/2016 ("Codice dei contratti pubblici"), che ha dato attuazione ad alcune direttive europee¹⁰. Tali atti hanno assegnato a tale autorità variegati poteri decisorii e *lato sensu* regolatori, nonché funzioni di vigilanza e di sanzione, che hanno ulteriormente accentuato i tratti di atipicità rispetto alle autorità amministrative indipendenti¹¹. Il potenziamento del suo ruolo nell'ambito della contrattualistica pubblica è

⁷ L'art. 1, comma 2, della legge n. 190/2012 ha in seguito denominato la Civit come Autorità nazionale anticorruzione. Con la legge n. 125/2013 (di conversione del decreto-legge n. 101/2013) la Civit ha poi assunto la denominazione di Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche.

⁸ L'AVCP è stata poi soppressa dall'art. 19 del decreto-legge n. 90/2014 (convertito con modificazioni in legge n. 114/2014), istitutivo della nuova Anac.

Sull'evoluzione della normativa che, con il decreto-legge n. 90/2014, ha poi portato all'istituzione della nuova Anac si vedano R. CANTONE, F. MERLONI, *Presentazione*, cit., 2 ss.; I. NICOTRA, F. DI MASCO, *Le funzioni dell'Anac tra cultura della trasparenza e prevenzione della corruzione*, in R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., 69 ss.; F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell'autorità nazionale anticorruzione*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, Giappichelli, 2016, 26 ss.; R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Diritto pubblico*, 3/2017, 905 ss.

⁹ A questo proposito, è stato esattamente rimarcato come nel sistema italiano risulti sempre «più facile trasformare un controllore nell'ennesimo "persecutore di illeciti" (come accaduto, prim'ancora dell'Anac, alla Corte dei conti), piuttosto che fare funzionare bene il controllore»: E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2015, 767.

¹⁰ Il decreto legislativo n. 50/2016 reca la disciplina di attuazione della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, della direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

¹¹ Così N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 6/2016, 5 ss.

tale che, potendo intervenire, in via preventiva, attraverso la disciplina della materia – nei termini in cui si dirà *infra* – e, in via successiva, mediante una vasta gamma di poteri sulle stazioni appaltanti e sugli operatori economici, l'Anac si trova nella condizione di poter incidere significativamente sull'attività dei soggetti pubblici e privati, «indirizzando e correggendo la loro azione sin dalla predisposizione del bando, coprendo l'intera fase dell'evidenza pubblica, nonché la fase relativa all'esecuzione del contratto»¹².

Se nei compiti dell'Anac rientra, in termini generali, un'attività di prevenzione e di contrasto della corruzione nelle pubbliche amministrazioni, incluse le società partecipate e controllate dalle medesime, e tale attività si esplica anche attraverso poteri consultivi e regolatori, nell'ambito dell'attività di vigilanza e di controllo sui contratti pubblici all'Anac spettano in particolare: *i.* la gestione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti; *ii.* la gestione e l'aggiornamento dell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici; *iii.* la gestione del sistema del *rating* di impresa e delle relative premialità; *iv.* il monitoraggio e il controllo di rispondenza ai livelli *standard* di qualità dei controlli che le società organismi di attestazione (SOA) devono effettuare; *v.* l'irrogazione di sanzioni amministrative alle stazioni appaltanti per alcune ipotesi di modificazione contrattuale o di sospensione dei lavori; *vi.* la gestione dell'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*; *vii.* il rilascio di pareri vincolanti di precontenzioso, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, quale strumento di risoluzione alternativa delle controversie; *viii.* l'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture; *ix.* l'adozione di linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, volti a garantire la promozione dell'efficienza, della qua-

¹² M.L. CHIMENTI, *Il ruolo dell'autorità nazionale anticorruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, cit., 47.

lità dell'attività delle stazioni appaltanti e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e tesi a favorire lo sviluppo delle migliori pratiche¹³.

Il ventaglio di poteri attribuiti all'Anac è, pertanto, molto ampio e sebbene sia il frutto di una convulsa (e non sempre perspicua) disciplina normativa, esso può ricondursi a tendenze che hanno investito tale organismo e, ancor prima, le autorità amministrative indipendenti. Come è stato, difatti, già rimarcato per queste ultime – e come oggi può ritenersi, quantunque in termini diversi, per l'Anac – l'istituzione di autorità connotate da spiccati requisiti di tecnicità e di indipendenza dal potere politico è dettata, oltre che dalla necessità di regolare settori e mercati precedentemente caratterizzati da un monopolio pubblico ovvero oggetto di un'evoluzione tecnologica molto rapida¹⁴, dall'espansione del diritto dell'Unione europea e dall'assunzione di obblighi internazionali nei più vasti ambiti¹⁵. È altrettanto noto che ciò tuttora avviene in supplenza (e a discapito) del Parlamento e del Governo¹⁶, nonché, in ultima analisi, al di fuori dell'indirizzo politico nazionale o quantomeno (apparentemente¹⁷) a prescindere da esso.

¹³ Cfr. art. 31, comma 5, art. 36, comma 7, art. 38, art. 71, art. 77, art. 78, art. 80, comma 13, art. 83, comma 10, art. 84, art. 106, commi 8 e 14, art. 107, comma 4, art. 110, comma 5, art. 192, art. 211, art. 213 del decreto legislativo n. 50/2016.

¹⁴ Cfr. M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, Atti del Convegno su “Le Autorità amministrative indipendenti”, in memoria di Vincenzo Caianiello, Roma, Palazzo Spada, 9 maggio 2003, rinvenibile in www.giustizia-amministrativa.it, 4.

¹⁵ Per l'Anac basti ricordare le summenzionate direttive europee concernenti i contratti pubblici, che tuttavia non richiedono per tale ambito l'istituzione di un'autorità indipendente: cfr. L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2016, 607; V. GIANNELLI, *Linee guida Anac e “fuga” dall'Esecutivo*, in www.forumcostituzionale.it (10 settembre 2018), 15.

In relazione agli impegni internazionali possono, invece, menzionarsi la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione del 1997, la Convenzione del Consiglio d'Europa per il contrasto della corruzione del 1999 e la Convenzione ONU contro la corruzione del 2003. Sul punto cfr. G. ABBATINO, N. PARISI, *L'Anac nel contesto delle relazioni internazionali*, in R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., *passim*.

¹⁶ Cfr. F. SORRENTINO, *Il sistema delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Le fonti del diritto amministrativo*, Annuario AIPDA 2015, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 11.

¹⁷ Complessa e non lineare è, d'altro canto, la distinzione tra autorità “garanti” e organi di indirizzo politico, dal momento che, una volta istituite con legge e «benché creazioni dell'indirizzo politico, le autorità assolvono poi alla funzione di proteggere una scelta di maggioranza nei confronti di indirizzi futuri»: S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, cit., 305.

Se al riguardo si è parlato di un disegno di “sotterranea comunitarizzazione”, «che ha fatto di molte autorità uno dei principali strumenti della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno»¹⁸, in modo non dissimile si osserva che anche l’Anac è il segno del fatto che il processo di integrazione europea e la globalizzazione (ovvero la supremazia) dei mercati hanno comportato non solo l’adesione ai valori del mercato, ma anche «una nuova modellistica istituzionale dell’intervento pubblico»¹⁹. Tutto ciò, peraltro, ha di per sé determinato una significativa trasfigurazione del modo di amministrare e profonde trasformazioni sia nei rapporti dell’amministrazione con gli organi costituzionali sia nella tipologia degli atti adottati.

Anche da questo punto di vista, nondimeno, permane una distanza tra l’Anac e le autorità di regolazione dei mercati, quali, ad esempio, la Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob), l’Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), l’Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (Arera) e l’Autorità di regolazione dei trasporti (Art). Queste ultime, infatti, a differenza di quanto accade per l’Anac²⁰ (con riferimento in particolare alle funzioni as-

Si veda, altresì, S. LABRIOLA, *Le autorità indipendenti (note preliminari)*, in ID. (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, cit., 56, secondo il quale l’autorità indipendente, «malgrado le insistite teorizzazioni sulla posizione neutrale che le spetterebbe, non è una monade leibniziana, ma si collega strutturalmente all’indirizzo politico».

¹⁸ M. MANETTI, *Le proposte di riforma costituzionale in materia di autorità indipendenti*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, cit., 177.

¹⁹ N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L’Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *www.giustamm.it*, 5/2016, 4.

²⁰ Ciò non toglie che, nell’ipotesi di un contrasto (non sanabile per via interpretativa) tra la normativa interna primaria e la normativa europea direttamente applicabile, anche per l’Anac possa porsi, come per le pubbliche amministrazioni e per le autorità amministrative indipendenti, l’esigenza di assicurare l’applicazione di quest’ultima. La questione è evidenziata da M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, 439; con riguardo alle autorità amministrative indipendenti si veda R. NIRO, *Disapplicazione di norme e declaratoria di illegittimità di provvedimento*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, cit., 193 ss.

Nel caso in cui, invece, le linee guida dell’Anac, di cui si dirà infra, contrastino con il diritto dell’Unione europea, le pubbliche amministrazioni dovranno disattenderle: così F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontrattoriale e sulle raccomandazioni ANAC*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2/2017, 419.

segnategli in materia di contratti pubblici²¹), sono direttamente destinatarie della normativa europea, nella quale si rinviene l'obbligo della loro istituzione²². Esse operano, inoltre, in mercati settoriali complessi, che sono oggetto di processi di liberalizzazione e di delegificazione, nonché di una regolazione basata su regole tecniche e su nozioni extragiuridiche²³.

1.1. L'Autorità nazionale anticorruzione come epitome della commistione tra diritto amministrativo e regimi privatistici e dell'apparente neutralizzazione del diritto pubblico attraverso la "tecnica"

Nel valutare la qualificabilità dell'Anac come autorità amministrativa indipendente occorre, nondimeno, tenere in debita considerazione un aspetto della prevenzione della corruzione, che l'istituzione di tale organismo ha accentuato e che investe in senso più ampio i caratteri del diritto amministrativo, della scienza amministrativistica e della discrezionalità amministrativa²⁴. La creazione dell'Anac e il suo rafforzamento nel c.d. Codice dei contratti pubblici costituiscono, invero, l'epitome del connubio sempre più stretto tra diritto amministrativo e diritto privato²⁵ e della connessa (presunta) neutralizzazione del diritto

²¹ Peraltro, se per un verso in tale ambito le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE non contengono indicazioni in merito all'istituzione di autorità di settore con funzioni di controllo e/o di vigilanza, per l'altro verso la peculiarità dell'Anac discende altresì dalla scelta del legislatore di cumulare in capo alla medesima autorità funzioni regolatorie, di vigilanza e di *adjudication* nel campo dei contratti pubblici e funzioni concernenti, ad esempio, l'accesso civico. Ciò rafforza l'idea che non si sia di fronte a un'autorità amministrativa indipendente, poiché per ricavare conclusioni sulla natura dell'Anac le sue funzioni devono essere considerate complessivamente. Diversamente, si dovrebbe arrivare assurdamente a sostenere che l'Autorità abbia natura ancipite.

²² Cfr. P. BILANCIA, *Attività normativa delle autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, cit., 169 ss.; E. CHELI, *L'esperienza italiana delle autorità amministrative indipendenti*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 22, Torino, Giappichelli, 2013, 73 ss.

²³ Così F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni ANAC*, cit., 398 ss.

²⁴ Sul rapporto, storicamente connotato, tra scienza del diritto amministrativo e configurazione del potere discrezionale si vedano le osservazioni di G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, Cedam, 1989, 6 ss.

²⁵ Criticamente sulla coesistenza tra modello pubblicistico e privatistico di prevenzione della corruzione G.M. FLICK, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, in *Rivistaic*, 2/2015, 6 ss.

pubblico attraverso la “tecnica”²⁶. La neutralizzazione può, infatti, reputarsi più ostentata che effettiva, dal momento che è in realtà il portato di ideologie proiettate dalla dottrina (e dal legislatore) sul diritto positivo, nel segno della progressiva depubblicizzazione di settori gradualmente coperti dalla regolazione delle più varie autorità²⁷ e della contestuale decostituzionalizzazione delle politiche pubbliche incidenti sulla pubblica amministrazione²⁸. Strumenti di tale “corso” sono, ad esempio, la privatizzazione degli enti pubblici (in particolare, di quelli economici) e del pubblico impiego, nonché più in generale la pervasiva estensione di schemi privatistici sull’operato delle pubbliche amministrazioni²⁹. Nell’assolvimento delle funzioni pubbliche si assiste così a una vasta infiltrazione di strumenti, dispositivi e logiche di natura privatistica, che ha preso piede dalla seconda metà del Novecento, che trova le sue radici teoriche nel contributo di preminenti studiosi³⁰ e che si esprime anche con «un imponente processo di tradu-

²⁶ Sui richiami alla “tecnica” in funzione neutralizzante si veda, in una prospettiva critica, G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010, 98 ss.

²⁷ In senso contrario non sembra sufficiente e risolutivo sostenere che, soprattutto a seguito del rafforzamento dell’Anac nel decreto-legge n. 90/2014, alcune sue funzioni possano considerarsi strumenti di ingerenza dei poteri pubblici in economia (così F. DI CRISTINA, *L’autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell’economia*, in *Il diritto dell’economia*, 2/2016, 505), essendo semmai necessario capire a quale direttrice di fondo tale intervento risponda.

Nel senso della tendenza a un doppio trasferimento dal pubblico al privato e dal Governo alle autorità amministrative indipendenti, nell’ambito dei processi di mutamento delle regole e del sistema di controllo dell’applicazione delle regole, cfr. A. PREDIERI, *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli Editori, 1997, 19, il quale peraltro contesta l’idea secondo cui, nella mescolanza di etero-correzione ed etero-compensazione, la correzione migliore sia sempre opera del mercato (*ivi*, 17 s.).

²⁸ Così M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, 38 ss.

²⁹ Sul punto e, in termini più ampi, sul rapporto tra pubblica amministrazione, dottrina amministrativistica e diritto privato si veda A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016, 86 ss. e *passim*.

³⁰ Il pensiero va in particolare a S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1971, 127 ss.; ID., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, 579 ss.; M. D’ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 607 ss.; ID., *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, *ivi*, 2012, 1019 ss. Seppur non in linea di piena continuità, entrambi gli Autori si rifanno all’opera di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 864 ss.; ID., *L’attività amministrativa*, Roma, Jandi Sapi Editori, 1966, 25 ss.

In controtendenza rispetto all’apertura del sistema amministrativo agli strumenti e alle categorie privatistiche, al fine di una più decisa applicazione delle discipline pubblicisti-

zione di un diritto di produzione pubblica in un diritto di origine e fonte privata (o comunque non statale)»³¹.

La terminologia utilizzata dal legislatore delegante³², che si esprime nei termini di un “mercato dei contratti pubblici”, e gli sfuggenti poteri regolatori attribuiti all’Anac nel decreto legislativo n. 50/2016³³ portano per primi allo scoperto l’idea retrostante, secondo cui anche per la prevenzione della corruzione e per la vigilanza sui contratti pubblici vi sarebbe la necessità di consolidare il ricorso a regimi privatistici, a regolazioni (puramente) tecniche e a decisioni asseritamente non politiche³⁴, per far sì che la compartecipazione dell’Anac e degli operatori economici (nei modi di cui si dirà) sia traducibile in un maggior grado di efficienza e nella funzionalità del sistema agli interessi economici del settore³⁵. Si è, pertanto, ritenuto che anche in que-

che alle attività dei privati connesse a interessi pubblici, si veda, però, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, 146 ss. Si veda, altresì, U. ALLEGRETTI, *L’amministrazione dall’attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè, 2009, 154 ss., il quale evidenzia i problemi derivanti dalle teorizzazioni della capacità di autonomia privata della pubblica amministrazione come fatto normale, dal momento che «così vengono a cadere per il privato che entra in rapporto con l’amministrazione e per gli stessi interessi pubblici molte di quelle garanzie che proprio le forme dell’amministrazione autoritaria ma legale hanno storicamente assicurato» (*ivi*, 155, corsivi miei).

³¹ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013, 41.

³² Legge n. 11/2016, recante deleghe al Governo per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

³³ Sul punto si veda *infra*, §§ 3 e 3.1.

³⁴ A tale logica, del resto, rispondeva già la legge n. 190/2012 la quale, nel prevedere che tutte le pubbliche amministrazioni adottassero piani di prevenzione della corruzione, non ha fatto altro che applicare alla pubblica amministrazione una disciplina concepita per le imprese, esorcizzando i rischi di conflitti e di antinomie con la creazione dell’Anac: così M. MANETTI, *Il primato della tecnica e la rivincita della politica nell’organizzazione del potere esecutivo*, in G. GRASSO (a cura di), *Il governo tecnico tra tecnica e politica*, con la collaborazione di R. PERRONE, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 109 s.

³⁵ Cfr. C. DEODATO, *Le linee guida dell’ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustamm.it*, 5/2016, 10, il quale evidenzia che «un tale modello di governance rischia di far prevalere gli interessi economici più forti e meglio organizzati, in danno di quelli più deboli e meno influenti, che, al contrario, resterebbero più garantiti, secondo la logica dello

sto ambito il principio di legalità potesse essere ridimensionato e che gli schemi tradizionali delle attività e delle funzioni amministrative potessero essere accantonati, perché considerati fungibili dagli strumenti privatistici³⁶. Tale cambiamento è stato favorito nella convinzione che lo spostamento verso canoni e modelli privatistici potesse *di per sé* assicurare una migliore e più efficiente realizzazione dei compiti della pubblica amministrazione³⁷. Il disegno, tuttavia, è (stato) portato avanti nonostante che, dopo decenni in cui le riforme della pubblica amministrazione hanno mostrato di riporre grandi speranze sul c.d. «filoprivatismo»³⁸, sovente con l'obiettivo di liberare il potere pubblico dai vincoli e dalle garanzie proprie del diritto pubblico, «[n]on solo non si sono raggiunti gli obiettivi di efficienza che si presumeva in tal modo di proseguire, ma, al contrario, si sono costituite nuove sacche di arbitrio della politica, non più limitata dai vincoli più stretti del diritto pubblico, producendo, nella migliore delle ipotesi, ancora più inefficienza di quella preesistente o, peggio, favorendo ampi fenomeni di corruzione»³⁹.

Unitamente alle precedenti osservazioni sulle funzioni dell'Anac e a quanto si rileverà in relazione agli atti che essa adotta, anche quest'ultimo elemento contribuisce a rafforzare i dubbi sulla possibilità di qualificare *tout court* tale organismo come un'autorità amministrativa indipendente, dovendo al contrario apprezzarsi se l'Anac trascenda i confini di tale pur variegata nozione e se essa debba essere identificata non tanto per opposizione a (o per differenza da) ciò da cui si distingue, ma piuttosto in senso affermativo, per ciò che compie,

Stato liberale di diritto, da una regolazione politicamente e costituzionalmente responsabile».

³⁶ Sintomatico di tale orientamento è, d'altronde, l'art. 1, comma 1-bis, della legge n. 241/1990: «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente».

Sull'uso del diritto privato come manifestazione del tentativo di sfuggire al principio di legalità e, dunque, in funzione di controrivoluzione rispetto alla funzione del «cimentato fra legalità sostanziale e legalità formale» si veda F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012, 56.

³⁷ Cfr. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni ANAC*, cit., 405.

³⁸ M. MAZZAMUTO, *La matrice dottrinarie del filoprivatismo: Massimo Severo Giannini, in Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, Annuario AIPDA 2013, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, 23.

³⁹ *Ibidem* (corsivi miei).

per le modalità e i settori in cui esercita le sue funzioni e, soprattutto, per le relazioni che (anche di fatto) intreccia con altri organi (neutrali o politici)⁴⁰. Sono, d'altro canto, diversi i fattori che spingono in tale direzione e che, al di là di ogni consolatoria classificazione, pongono l'Anac in una posizione del tutto peculiare e, sotto diversi aspetti, problematica⁴¹.

Si consideri, in primo luogo, l'ambito di intervento dell'Anac, così come delineato dalla legge delega n. 11/2016: il mercato dei contratti pubblici. È difficile, a questo riguardo, pensare che quello dei contratti pubblici costituisca un "mercato" e che esso necessiti, pertanto, di una regolazione del tutto autonoma dal potere esecutivo, a garanzia della concorrenza degli operatori economici⁴². La tutela della concorrenza rientra, infatti, tra i compiti di ciascuna stazione appaltante e poiché le pubbliche amministrazioni sono tenute al rispetto del codice dei contratti pubblici, non possono «decidere di entrare o uscire dal mercato

⁴⁰ Per l'ampiezza dei poteri che a tale organismo sono stati conferiti e per l'indeterminatezza legislativa delle relative attribuzioni vi è, d'altro canto, persino chi ritiene che l'Anac sia «una autorità parallela al potere esecutivo, a tutto il potere esecutivo, a qualunque sua articolazione che deve indicare la via per la buona amministrazione ... di tutto il potere esecutivo. Un contro governo, non un'autorità con proprie competenze settoriali, riferite a singoli mercati da conservare con concorrenzialità o da trasformare in concorrenziali se non lo sono»: F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione. A che cosa possono servire le riforme amministrative*, in *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Annuario AIPDA 2016, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 12.

⁴¹ A tal proposito, possono condividersi le osservazioni di G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti. Recensione a Cristiano Celone, La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano 2012, in *Diritto e società*, 1/2015, 235, il quale, seppur con riferimento alla AVCP, sottolinea la necessità che l'inquadramento dogmatico dell'Autorità sui contratti pubblici sia portato avanti attraverso una ricostruzione, anche sul piano delle *rationes* sottese, dell'*auctoritas* che tale organismo riesce ad acquisire sul campo, nonché sulla base di una considerazione critica dei poteri attribuitigli.

Problematicamente sulla posizione dell'Anac rispetto al Governo cfr. C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo 'Codice': opportunità e profili di criticità*, in *www.giustamm.it*, 4/2016, 10 ss.

⁴² Peraltro, se anche si volesse considerare quello dei contratti pubblici come un mercato in senso tecnico, «difficile sarebbe predicarne il carattere settoriale, atteso il suo riferimento ad una varietà di contratti di appalti pubblici di lavori. Del resto, sono i compiti affidati all'ANAC nella sua funzione anticorruzione ad essere incompatibili con il carattere della settorialità, in ragione della trasversalità e interdisciplinarietà che connota la sua peculiare attività»: M.C. ROMANO, *Il ruolo e le competenze dell'ANAC sui contratti pubblici*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017, 791.

liberamente»⁴³. La perimetrazione normativa di un “mercato dei contratti pubblici” denota una spinta verso la regolamentazione contrattata e “partecipata” dei contratti pubblici – nei termini in cui si dirà – attraverso procedure e atti in cui ad avere la meglio non sono gli operatori economici “in regime di concorrenza”, bensì quelli la cui posizione di forza risulta avvantaggiata da una disciplina del settore avulsa dalla mediazione politica degli interessi e dalla responsabilità politica che dovrebbe conseguire⁴⁴. Gli interventi dell’Autorità ricadono, pertanto, in un ambito – qual è quello della prevenzione e del contrasto della corruzione – che impinge inevitabilmente sulla responsabilità politica del Governo e ne preclude in qualche modo la completa neutralizzazione⁴⁵.

A quest’ultimo proposito, a conferma della non agevole qualificabilità dell’Anac come autorità amministrativa indipendente, può rammentarsi quanto era stato già rimarcato per l’antecedente AVCP: l’attività di vigilanza di quest’ultima non era, infatti, tale da tradursi nella piena neutralità di posizione dell’organismo rispetto agli interessi in gioco, dal momento che un’amministrazione neutrale opera secondo un canone diverso dall’imparzialità *ex art.* 97 Cost., ossia non avendo un interesse pubblico da perseguire e ponendosi «del tutto al di fuori degli interessi in conflitto, in modo aprioristico [e] valutando in chiave di terzietà il modo per la loro corretta composizione»⁴⁶. In modo non dissimile dall’AVCP, il compito di prevenzione e di contrasto della corruzione spettante all’Anac sottende un relevantissimo interesse pubblico, che anziché richiedere un approccio “neutrale” di equidistanza da esso, postula «la condivisione di un tale interesse tra

⁴³ L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, cit., 607.

⁴⁴ Cfr. C. DEODATO, *Le linee guida dell’ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit., 10.

Ciò sembra, peraltro, rispondere a quella tendenza per cui «[è] dalla logica del mercato e della concorrenza che nascono e si definiscono i poteri delle Autorità garanti e che talvolta ne legittimano addirittura un potere normativo di tipo subprimario originato dalla “natura delle cose”, *sub specie* di esigenze del mercato da regolare»: F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico e comparato*, 1997, 40 (corsivi miei).

⁴⁵ Cfr. G.A. GIUFFRÈ, *Le “nuove” dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*, 2/2017, 8.

⁴⁶ F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni ANAC*, cit., 397, che riprende la distinzione tra neutralità delle autorità e imparzialità della pubblica amministrazione da V. CAIANIELLO, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amministrativo*, 1997, 353 ss.

l'Anac e l'Esecutivo»⁴⁷ e la sua connessa valorizzazione finalistica⁴⁸. Con ciò si intende, dunque, sostenere non già che l'Anac operi in conflitto di interesse con le stazioni appaltanti o con gli operatori economici e neppure che la condivisione di quell'interesse pubblico con il Governo ne determini la natura servente rispetto all'Esecutivo, bensì che la cura dell'interesse pubblico cui l'Autorità è preposta in funzione anche preventiva la pone in una posizione di non terzietà rispetto a esso. Si è, del resto, di fronte a un interesse pubblico, che richiede – e non si sottrae a – valutazioni connotate da politicità, prim'ancora e più che da tecnicità.

Un ulteriore, decisivo, elemento che concorre a escludere la riconducibilità dell'Anac al novero delle autorità amministrative indipendenti concerne il suo Presidente⁴⁹, cui il decreto-legge n. 90 del 2014 ha riconosciuto una propria posizione e poteri esercitabili autonomamente rispetto al collegio.

Al Presidente dell'Anac è stato, infatti, attribuito il compito di: *i.* presentare al Presidente del Consiglio dei ministri un piano per il riordino dell'Autorità stessa; *ii.* formulare proposte al Commissario unico delegato del Governo per l'Expo Milano 2015 e alla Società Expo 2015 p.a. per la corretta gestione delle procedure di appalto per la realizzazione dell'evento; *iii.* segnalare all'Anac le violazioni in materia di comunicazione delle informazioni e dei dati e di obblighi di pubblicazione previste dall'art. 47 del decreto legislativo n. 33/2013, ai fini dell'esercizio del potere sanzionatorio per la violazione degli obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali;

⁴⁷ Ivi, 397.

⁴⁸ Ciò, peraltro, si ricava, *a contrario* anche con specifico riferimento all'anomala attribuzione all'Anac anche del compito di fornire, con proprie linee guida, le indicazioni operative concernenti la definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico (*ex art. 5-bis*, decreto legislativo n. 33/2013, introdotto dal decreto legislativo n. 97/2016). Come è stato a tal proposito evidenziato, «si trattava, qui, non già di operare delle scelte “tecniche” di bilanciamento fra interessi, connotate da “alto tasso di imparzialità”; bensì si trattava di specificare maggiormente (ed a fini di maggiore certezza del quadro giuridico di riferimento) scelte che sono profondamente intrise del connotato della politicità e che sono rimaste, pertanto, come tali, largamente incompiute»: D.-U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de “le vite degli altri”?*, in *Federalismi.it*, 10/2018, 8 (corsivi miei).

⁴⁹ Cfr. R. CANTONE, B. COCCAGNA, *I poteri del Presidente dell'Anac e la relativa giurisdizione*, in R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., 97 ss.

iv. svolgere una funzione di alta sorveglianza e garanzia della correttezza e trasparenza delle procedure relative alla realizzazione delle opere di Expo Milano 2015, con poteri ispettivi e di verifica della legittimità degli atti⁵⁰; v. proporre al prefetto competente, nell'ambito della prevenzione della corruzione, misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese aggiudicatrici di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture ovvero esercenti attività sanitaria per conto del Servizio sanitario nazionale, quali – alternativamente – la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto ovvero la diretta gestione straordinaria e temporanea dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto, dell'accordo contrattuale o della concessione⁵¹.

Nella medesima direzione di riconoscimento al Presidente dell'Anac di un ruolo autonomo, l'art. 7 della legge n. 69/2015 obbliga, inoltre, ciascun pubblico ministero a informare tale soggetto dell'esercizio dell'azione penale per delitti contro la pubblica amministrazione, dando altresì notizia delle relative imputazioni.

Si tratta, invero, di poteri incisivi (alcuni dei quali di natura emergenziale), che non hanno eguali nel panorama delle autorità ammini-

⁵⁰ A questo proposito deve, peraltro, segnalarsi che l'Anac ha fatto applicazione analogica dell'art. 30, comma 2, lett. a), del decreto-legge n. 90/2014, adottando il modello di controlli preventivi ivi previsto per Expo 2015 in occasione dell'adozione, condivisa dall'allora sindaco di Roma Capitale Ignazio Marino, delle linee guida per l'esercizio dei compiti di alta sorveglianza e di garanzia della correttezza e della trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del Giubileo straordinario della misericordia: «l'art. 30 del predetto Decreto Legge, ancorché specificamente dettato per le procedure di Expo Milano 2015, risulta ampiamente compatibile con le quelle connesse alla realizzazione del Piano per il Giubileo straordinario della Misericordia e attribuisce al Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione compiti di alta sorveglianza e di garanzia della correttezza e della trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere del grande evento» (corsivi miei).

Ciò è avvenuto a seguito di un intervento del 27 agosto 2015, con cui la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha deliberato l'estensione dell'art. 30, comma 2, del decreto-legge n. 90/2014 agli atti delle procedure contrattuali adottati in esecuzione del Piano straordinario di Roma Capitale: cfr. ANAC, *Relazione annuale 2015*, 259.

Come è stato esattamente rilevato, nel caso del Giubileo i controlli dell'Anac hanno tratto «da loro legittimazione da una fonte eccezionale e straordinaria, salvo che il loro esercizio (con i relativi effetti) è regolato da una disciplina (legislativa) richiamata da quella fonte, ma relativa a tutt'altro contesto»: G. D'AURIA, *Controlli esterni sull'attività amministrativa e prevenzione della corruzione*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit., 424-425 (corsivi miei).

⁵¹ Art. 19, commi 3 e 7, art. 30 e art. 32, comma 10, decreto-legge n. 90/2014.

strative indipendenti⁵² e che, soprattutto, determinano uno scompenso all'interno dell'Autorità. Le attività e le funzioni di tali organismi (nonostante gli inevitabili tratti di diversità) non annoverano poteri monocratici in capo ai propri presidenti, dal momento che, a garanzia della ponderazione delle decisioni da assumere, esse sono improntate alla massima collegialità. E quantunque in Italia – come si è già evidenziato – le autorità amministrative indipendenti si contraddistinguano per un'accentuata varietà nella composizione e nelle strutture organizzative, l'attribuzione al Presidente dell'Anac di poteri attinenti non all'organizzazione dei lavori dell'Autorità, ma alle funzioni stesse dell'organismo, costituisce un fattore del tutto anomalo, tale da ingenerare disequilibri.

A un esame complessivo dei poteri e delle funzioni dell'Anac può, in definitiva, concordarsi con chi ritiene che l'Autorità sia un ente pubblico e non un'autorità amministrativa indipendente, con tutto ciò che ne scaturisce non tanto sul piano meramente nominalistico, bensì su quello dell'applicazione del relativo regime giuridico⁵³. Ne derivano pertanto importanti conseguenze che, in un'ottica di diritto costituzionale, attengono soprattutto ai poteri *lato sensu* regolatori, di cui l'Anac è investita.

2. Il paradosso dell'iper-regolazione “flessibile” nel nuovo codice dei contratti pubblici e le ricadute sulla certezza del diritto

Uno dei profili su cui la dottrina amministrativistica si è maggiormente soffermata, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, concerne gli atti che l'Anac può adottare, il loro discutibile inquadramento nel “sistema delle fonti” e le connesse ripercussioni sul ruolo e sui rapporti di tale organismo con gli organi del circuito politico-rappresentativo.

Il decreto legislativo n. 50/2016 è, infatti, disseminato di riferimenti a linee guida dell'Anac e a decreti ministeriali adottati su proposta ov-

⁵² Come evidenziato da E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione*: “post fata resurgam”, cit., 763 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 7; F. DI CRISTINA, *L'autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, cit., 507.

⁵³ In questi termini si esprime F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni ANAC*, cit., 395, 403.

vero d'intesa con l'Anac, che concernono i più diversi aspetti della disciplina della contrattualistica pubblica⁵⁴. Un ampio dibattito è stato suscitato, in particolar modo, dai principi e dai criteri direttivi ricavabili dalla legge n. 11/2016 e, sulla scorta della delega, dall'art. 213 del decreto legislativo n. 50/2016. Tra i principi e criteri direttivi il Parlamento ha, per l'appunto, indicato la «adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, *anche dotati di efficacia vincolante* e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'Anac innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa»⁵⁵. Il Governo ha, quindi, dato attuazione alla delega, prevedendo che, ferma restando l'impugnabilità delle decisioni e degli atti da essa assunti davanti al giudice amministrativo, l'Anac garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti e l'omogeneità dei procedimenti amministrativi, nonché favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche, «attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri *strumenti di regolazione flessibile*, comunque denominati»⁵⁶.

È stata, altresì, disposta l'abrogazione del decreto del Presidente della Repubblica n. 207/2010 (regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo n. 163/2006), con effetto dalla data di entrata in vigore degli atti attuativi del nuovo codice dei contratti pubblici⁵⁷ ovvero, per alcune parti, dalla data di entrata in vigore del codice stesso⁵⁸. La scelta è, pertanto, ricaduta su un codice snello e sull'abbandono del precedente modello di iper-regolazione di dettaglio demandata al regolamento governativo, nell'idea che, da un lato, una normativa primaria essenziale e, dall'altro, un insieme di atti at-

⁵⁴ Sul punto si veda F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/2017, 753 ss.

⁵⁵ Art. 1, comma 1, lett. t) della legge n. 11/2016 (corsivi miei).

⁵⁶ Art. 213, comma 2, decreto legislativo n. 50/2016 (corsivi miei).

⁵⁷ Il Consiglio di Stato (Comm. spec., parere 1 aprile 2016, n. 855, cit.), nel pronunciarsi sullo schema del decreto legislativo n. 50/2016, ha individuato tre diverse tipologie di atti attuativi, che sono menzionati in circa cinquanta disposizioni del codice: «a) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari; b) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes*, e in particolare le linee guida; c) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante».

⁵⁸ Art. 216 e art. 217, comma 1, lett. u), decreto legislativo n. 50/2016.

tuativi flessibili avrebbero potuto ovviare ai pregressi *deficit* di trasparenza ed efficienza delle procedure di affidamento.

All'Anac è stato così conferito un potere di regolazione non soltanto pervasivo e privo, sotto alcuni profili, del necessario fondamento, ma soprattutto tale da pregiudicare – paradossalmente e insieme a un incisivo potere giurisdicente – le esigenze di certezza giuridica e di tutela giurisdizionale. Ciò in ragione di un quadro normativo che il decreto legislativo n. 50/2016 ha reso ancora più contorto, essendo il risultato di «un approccio che potrebbe rivelarsi meno efficace ed efficiente rispetto alle aspettative, soprattutto se confrontato con l'esperienza di altri Paesi dell'UE»⁵⁹.

Un primo elemento di incertezza, con correlate ripercussioni negative in termini di tutela e di diritti di partecipazione, deriva dal *nomen* dei molteplici atti di attuazione del decreto legislativo n. 50/2016 e dalla discutibile collocazione di alcuni di essi all'interno (di quel che rimane) del sistema delle fonti. Se, invero, in alcuni casi si è in presenza di atti appartenenti a categorie tipizzate (decreti ministeriali, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, decreti del Presidente della Repubblica), in altri casi il decreto legislativo n. 50/2016 rinvia a una congerie di «atti “spuri”, che non corrispondono né a precedenti categorie né ad una nuova categoria precisamente definita»⁶⁰ ovvero vi corrispondono solo in parte⁶¹.

Un ulteriore motivo di incertezza risiede nel fatto che una siffatta concentrazione di provvedimenti attuativi sconfessa l'aspirazione di fondo della riforma del codice dei contratti pubblici, come delineata nella legge delega n. 11/2016, ossia un'aspirazione alla revisione, al riordino e alla semplificazione del quadro normativo vigente in tale ambito, che seppur “annunciata”, rischia di essere solo apparente. Benché occorra abbandonare l'acritica idea secondo cui la drastica riduzione, in un dato settore, della regolamentazione primaria e secondaria costituisca *di per sé* un miglioramento, perché comporterebbe il benefico accrescimento del tasso di discrezionalità (regolativa e am-

⁵⁹ M. D'ARIENZO, *I poteri di intervento dell'ANAC nella fase precontenziosa: criticità e prospettive alla luce della recente revisione dell'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2/2018, 550.

⁶⁰ M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., 440.

⁶¹ Così è per gli atti di indirizzo e per gli altri atti di “regolazione flessibile”, quando in alcuni casi – come si vedrà – è riconosciuta loro una contraddittoria efficacia vincolante.

ministrativa) del settore stesso⁶² – ciò dipendendo semmai dalla qualità e dall'intelleggibilità della normativa vigente e dall'ambito in cui essa opera⁶³ – la maggiore flessibilità cui è orientato l'avvicendamento (in ogni caso progressivo) del regolamento di esecuzione e attuazione del codice dei contratti pubblici (d.P.R. n. 207/2010) con le linee guida dell'Anac non scongiora affatto il pericolo di incertezze nell'individuazione e nell'applicazione del quadro regolatorio⁶⁴. Anche per la regolazione flessibile può determinarsi, infatti, ciò che è stato definito il “circolo vizioso delle garanzie”, per cui quanto più, al di là delle diverse modalità, la preoccupazione all'origine di essa è pur sempre quella di imbrigliare la discrezionalità dell'amministrazione⁶⁵,

⁶² Cfr. criticamente F. SORRENTINO, *Il sistema delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 11, in ordine alla tendenza a sostituire la normazione primaria e secondaria con generici strumenti di regolazione flessibile, per i rischi di offuscamento del principio di legalità dell'azione amministrativa.

⁶³ Cfr. P. MANTINI, *Nuovo codice degli appalti tra Europa, Italia e Autonomie Speciali*, in *www.giustamm.it*, 2/2016, 8, secondo il quale chi è portato a interpretare il generico e decontestualizzato imperativo della semplificazione «solo in direzione di un astratto modello liberale, con meno regole e più discrezionalità, si sottrae alla verifica (pur richiesta) della tutela degli interessi pubblici sottesi che, nello specifico contesto, si coniugano in larga misura con gli interessi privati che si esprimono nei mercati aperti. Ma, a ben vedere, è proprio in ciò la sottile differenza: il diritto pubblico “della” concorrenza non coincide in toto con gli interessi dei privati “nella” concorrenza».

⁶⁴ In tal senso si veda M. DELLE FOGLIE, *Verso un “nuovo” sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 6/2016, 7, la quale peraltro ricorda che, già in occasione del parere sullo schema del decreto legislativo, la Commissione Lavori pubblici del Senato [seduta n. 227 del 7 aprile 2016 (ant.)] rilevava, in particolare in ordine al testo dell'art. 213, comma 2, «l'opportunità, per un verso, di normare espressamente le diverse tipologie di Linee guida e la loro efficacia giuridica (tipizzandole con precisione e specificando gli oggetti su cui debbono o possono intervenire), e per altro verso evidenziava l'opportunità di estendere le fattispecie in cui debbono avere efficacia vincolante, atteso che esse contribuiranno ad integrare, unitamente alle disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici, la *lex specialis* delle procedure ad evidenza pubblica».

⁶⁵ Con la legge n. 11/2016 è sembrato, infatti, che il legislatore abbia preso nuovamente le distanze dall'impostazione della legge n. 109/1994 (c.d. legge Merloni), che aveva determinato, sull'onda di “Tangentopoli”, un irrigidimento procedurale nell'aggiudicazione dei contratti pubblici, nella convinzione che i rischi di corruzione si annidassero principalmente negli spazi lasciati alla discrezionalità amministrativa: cfr. M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli, 2010, 441; G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2015, 330.

Come si dirà nel prosieguo, tuttavia, tale irrigidimento non è del tutto scongiurato dalla nuova normativa sui contratti pubblici, in particolar modo in considerazione dei vincoli

tanto più è probabile che alle rigidità, alle lentezze e alle inefficienze che ne conseguono si ovvierà con la reintroduzione di una discrezionalità strisciante, che in assenza di un esplicito riconoscimento (e conseguente demarcazione), «sarà maggiormente aperta alle transazioni corrotte»⁶⁶.

I controversi effetti della prospettata (e indifferenziata) semplificazione a favore di una “regolazione flessibile” sono, peraltro, addebitabili alle ambiguità del c.d. divieto di *gold plating*, che il legislatore delegante ha introdotto tra i principi e i criteri direttivi per l’attuazione delle direttive UE sui contratti e sulle concessioni pubbliche⁶⁷ e che consiste nel divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse. Tale divieto deve fare i conti, per un verso, con la misurazione del livello minimo della regolazione e, per l’altro verso, con il problema del livello ottimale della regolazione. In questo senso deve, pertanto, ammettersi che possono darsi casi in cui «la riduzione delle regole e l’ampliamento della discrezionalità dell’amministrazione non costituisce sempre e necessariamente la soluzione per la migliore regolazione della materia, [dovendosi preferire] l’aumento di regole chiare»⁶⁸.

Vi sono, dunque, molteplici elementi che inducono a dubitare della piena intercambiabilità del regolamento governativo con le linee guida dell’Anac e dei relativi esiti in termini di efficacia, qualora tale espediente sia ritenuto di per sé sufficiente a contenere la patologica frammentazione e la precarietà della disciplina dei contratti pubblici e soprattutto allorché l’assegnamento sulle qualità salvifiche della “regolazione flessibile” nasconda una complessiva strategia di “fuga dal regolamento” (in particolare, da quello ministeriale)⁶⁹. L’automatismo del legislatore (delegante e delegato) nel predisporre una generalizzata

che le pubbliche amministrazioni riterranno comunque di rinvenire negli atti di regolazione dell’Anac, quantunque “flessibili”.

⁶⁶ A. PIZZORNO, *La corruzione nel sistema politico*, in D. DELLA PORTA (a cura di), *Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica in Italia*, Bologna, il Mulino, 1992, 55.

⁶⁷ Art. 1, comma 1, lett. a), legge n. 11/2016.

⁶⁸ M. GNES, *Il divieto di “gold plating” nella legge delega sugli appalti pubblici*, in *www.quotidianogiuridico.it* (23 marzo 2016).

⁶⁹ Una fuga dal regolamento, di cui sono peraltro replicati gli elementi di incertezza: cfr. V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, 1010.

fungibilità dell'atto normativo secondario con le linee guida dell'Anac può, in definitiva, preludere non soltanto a una iper-regolazione in luogo del vituperato eccesso di normazione (ritenuto fonte di corruzione)⁷⁰, ma soprattutto a un estraniamento dal momento governativo e dalle correlate (e non settoriali) esigenze di carattere non meramente tecnico, legate al buon andamento dell'azione amministrativa⁷¹ e alla permanenza di scelte *lato sensu* politiche.

A riprova della “insicurezza giuridica”⁷² scaturente dall'indeterminata funzione regolatoria assegnata all'Anac, anche in ragione della propensione discorsiva e del carattere non tassativo del contenuto delle linee guida, deve peraltro segnalarsi la frequenza con cui l'Autorità sottopone tali atti ad aggiornamenti, nell'ottica di un adeguamento continuo alle evoluzioni tecnologiche e socio-economiche, che nondimeno, quando passa attraverso atti “vincolanti”, appare un azzardato ossimoro giuridico⁷³. Ciò inevitabilmente in-

⁷⁰ Cfr. M. D'ALBERTI, *Il propagarsi della corruzione amministrativa*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit., 15 ss., il quale peraltro evidenzia che, se la scelta di sostituire il regolamento governativo con le linee guida dell'Anac avrebbe dovuto comportare una semplificazione della disciplina dei contratti pubblici, «in realtà, dall'emanazione del codice del 2016 gli appalti sono diminuiti sensibilmente e gli operatori, pubblici e privati, trovano molta difficoltà ad applicare le norme» (ivi, 14).

Cfr. altresì B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2017, 80, il quale, seppur con riferimento ad altri ambiti della lotta alla corruzione, rileva che «la moltiplicazione dei controlli e dei controllori rischia di screditare indebitamente le amministrazioni e di aumentare la paura di decidere dei funzionari».

⁷¹ Cfr. V. GIANNELLI, *Linee guida Anac e “fuga” dall'Esecutivo*, cit., 16 s.

⁷² Cfr. R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *www.forumcostituzionale.it* (8 settembre 2018), 12: «Le burocrazie scrivono leggi fatte su misura dell[e] loro proprie esigenz[e], così complicate da farle apparire indispensabili per interpretarle e attuarle, tramite circolari, pareri, responsi. Pensate a quel mondo fantastico di norme tecniche, pareri, linee guida che è prodotto dall'Anac, che pure della trasparenza dovrebbe occuparsi: una mole di prescrizioni che si è abbattuta sugli uffici delle amministrazioni pubbliche, creando panico».

⁷³ Peraltro, tale sperimentazione e i connessi aggiornamenti delle linee guida sono addebitabili non solo alle correzioni apportate dal decreto legislativo n. 56/2017, bensì anche alle criticità delle prime linee guida adottate dall'Anac. Ciò trova conferma nelle numerose segnalazioni pervenute all'Autorità e nello sviluppo di un notevole contenzioso: cfr. Relazione illustrativa dell'Anac all'aggiornamento delle linee guida n. 6, recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice».

In merito alla correzione deve, inoltre, ricordarsi che, avendo l'art. 1, comma 8, della legge delega n. 11/2016 stabilito che, entro un solo anno dalla data di entrata in vigore del

genera nelle stazioni appaltanti e negli operatori economici dubbi applicativi, che sono destinati a creare un aumento del contenzioso dinanzi all'autorità giudiziaria, anche sotto il profilo dell'efficacia temporale e della paventata retroattività delle linee guida⁷⁴.

Malgrado ciò, uno sforzo di ricostruzione del variegato quadro di atti attuativi, coinvolgenti a diverso titolo l'Anac, è stato compiuto dal Consiglio di Stato nel summenzionato parere sullo schema del decreto legislativo n. 50/2016⁷⁵. La "ricomposizione", cui tale organo è addivenuto, poggia su una bipartizione: da un lato, vi sarebbero le linee guida e gli altri decreti ministeriali o interministeriali che, indipendentemente dal *nomen iuris* indicato nel decreto legislativo, sarebbero da

decreto legislativo, il Governo avrebbe potuto adottare disposizioni integrative e correttive, il Consiglio di Stato aveva segnalato che l'obiettivo del correttivo poteva essere vanificato, se la correzione fosse intervenuta dopo un periodo troppo breve, quando ancora non fosse trascorso un periodo di applicazione pratica almeno biennale e vi fossero stati numerosi regimi transitori: Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 1 aprile 2016, n. 855, cit.

⁷⁴ A questo proposito, il decreto legislativo correttivo n. 56/2017 ha cercato di ovviare a quest'ultimo problema, inserendo all'art. 213 del decreto legislativo n. 50/2016 il comma 17-bis, il quale dispone che spetta all'Anac indicare negli strumenti di regolazione flessibile, di cui al comma 2 del medesimo articolo, e negli ulteriori atti previsti dal codice, la data in cui gli stessi acquistano efficacia, «che di regola coincide con il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e che, in casi di particolare urgenza, non può comunque essere anteriore al giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Gli atti stessi si applicano alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o gli avvisi, con cui si indice la procedura di scelta del contraente, siano pubblicati successivamente alla data di decorrenza di efficacia indicata dall'ANAC ai sensi del primo periodo; in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi si applicano alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di decorrenza di efficacia, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte».

Sul punto è stato, nondimeno, evidenziato che, quantunque con riferimento alle linee guida adottate precedentemente a tale correzione, «la giurisprudenza ha finito in alcuni casi per attribuire alle indicazioni e ai "suggerimenti" di rilettura e addirittura di sviluppo del sistema normativo primario proposte dall'ANAC un'impropria valenza di interpretazione *ultra legem*, con effetto retroattivo anche *in malam partem* per gli operatori economici, con buona pace dei principi di legalità, certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento»: G.A. GIUFFRÈ, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, cit., 9.

Il riferimento è a Consiglio di Stato, sentenza 5 settembre 2017, n. 4192, in cui si legge che le linee guida n. 6 dell'Anac, «benché entrate in vigore successivamente alla dichiarazione, valgono comunque quali elementi ermeneutici per la corretta interpretazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) [del decreto legislativo n. 50/2016], come peraltro, prevede il comma 13 dello stesso art. 80» (corsivi miei).

⁷⁵ Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 1 aprile 2016, n. 855, cit.

ritenersi regolamenti ministeriali, ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge n. 400/1988⁷⁶; dall'altro lato, vi sarebbero le linee guida (vincolanti e non vincolanti) e gli altri strumenti di regolazione flessibile adottati dall'Anac, che per il Consiglio di Stato sarebbero nel complesso inquadrabili tra gli atti amministrativi (con le specificazioni di cui si dirà).

L'inserimento della prima tipologia di atti tra quelli di natura regolamentare – e, dunque, tra le fonti secondarie del diritto – non sembra destare particolari problemi, se non per il fatto che alcuni di essi sono adottati «sentita l'Anac»⁷⁷ ovvero «su proposta dell'Anac»⁷⁸. Ciò rappresenta, in ogni caso, un'inusuale concatenazione tra la potestà regolamentare ministeriale e l'attività di un'autorità che il Consiglio di Stato ritiene essere un'autorità amministrativa indipendente⁷⁹, sia perché essa ha una natura giuridica molto diversa da quella dei ministeri

⁷⁶ Con le conseguenze che ne derivano in relazione all'efficacia innovativa e alla forza normativa di tali atti, alla scansione procedimentale di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 17 della legge n. 400/1988 (cui talvolta si aggiunge il parere delle competenti commissioni parlamentari, previsto dal decreto legislativo n. 50/2016), al riparto della potestà regolamentare ai sensi dell'art. 117, comma 6, Cost.: Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 19 ottobre 2016, n. 2282 sullo Schema di decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di approvazione delle linee guida recanti “Il Direttore dei lavori: modalità di svolgimento delle funzioni di direzione e controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto” e “Il Direttore dell'Esecuzione: modalità di svolgimento delle funzioni di coordinamento, direzione e controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto”.

⁷⁷ Art. 24, comma 2, art. 73, comma 4, art. 77, comma 10, art. 81, comma 2, art. 102, comma 8, art. 144, comma 5, decreto legislativo n. 50/2016.

⁷⁸ Art. 83, comma 2 e art. 84, comma 2 [come modificati dagli artt. 52, comma 1, lett. b) e 53, comma 1, lett. b), decreto legislativo correttivo n. 56/2017], art. 84, comma 12, art. 111, comma 1, decreto legislativo n. 50/2016.

Il fatto che, a seguito della proposta dell'Anac, residui poco spazio per il Ministro che adotta il relativo decreto è, d'altronde, confermato dalle modifiche apportate dal decreto legislativo correttivo n. 56/2017. Tale decreto ha emendato gli articoli 83, comma 2, e 84, comma 2 del decreto legislativo n. 50/2016, nel senso che le linee guida ivi indicate sono ora adottate con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'Anac, e non più – come nel testo originario del decreto legislativo n. 50/2016 – dall'Anac. Il medesimo decreto, tuttavia, nel modificare l'articolo 47, comma 2, e nell'introdurre il comma 5-bis all'art. 86, del decreto legislativo n. 50/2016, indica sinteticamente (ma significativamente) le linee guida di cui, rispettivamente, ai suddetti art. 84, comma 2 e art. 83, comma 2, come “linee guida dell'Anac”.

⁷⁹ A tal proposito, è stato pertanto osservato che «questa sostanziale forma di co-gestione (nel cui ambito, peraltro, l'ultima parola spetta all'Organo governativo) appare difficilmente armonizzabile con il canone stesso di indipendenza dall'Esecutivo», che dovrebbe connotare le autorità indipendenti: C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo 'Codice': opportunità e profili di criticità*, cit., 11.

sia perché la sua iniziativa riservata non lascia molto spazio alla discrezionalità del Ministro competente⁸⁰.

3. Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione: di alcune (discutibili) riconfigurazioni del principio di legalità

Senza dubbio problematica è, invece, la qualificazione delle linee guida adottate dall'Anac⁸¹, che – a norma dell'art. 1, comma 1, lett. *t*) della legge n. 11/2016, dell'art. 213, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016 e unitamente ad altri atti di indirizzo quali bandi-tipo, contratti-tipo e non meglio specificati ulteriori “strumenti di regolamentazione/regolazione flessibile”⁸² – possono anche essere dotate di efficacia vincolante⁸³. La determinazione della natura di tali atti acquista particolare rilievo in considerazione del fatto che l'articolo 217 del decreto legislativo n. 50/2016 ha condizionato l'abrogazione di un atto secondario (d.P.R. n. 207/2010) all'entrata in vigore degli atti attuativi del codice, tra cui rientrano le linee guida adottate dall'Anac.

Si pongono, al riguardo, tre interrogativi strettamente correlati: l'uno attinente alla differenza tra linee guida vincolanti e non vincolanti⁸⁴, unitamente al problema dell'identificazione delle linee guida

⁸⁰ Questo punto è rimarcato da M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., 441; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, cit., 606.

⁸¹ Art. 31, comma 5, art. 36 comma 7, art. 78, commi 1 e 2, art. 80, comma 13, art. 83, comma 10, art. 110, comma 5 lett. *b*), art. 177, comma 3, art. 181, comma 4, art. 199, comma 4, art. 213, comma 3, lett. *h-bis*), decreto legislativo n. 50/2016.

⁸² Deve registrarsi, a tal proposito, che la legge delega n. 11/2016 e il decreto legislativo n. 50/2016, nell'attribuire all'Anac una generale competenza ad adottare alcune tipologie di atti, utilizzano, rispettivamente, le diverse espressioni di “regolamentazione flessibile” e di “regolazione flessibile”, la prima delle quali poteva dar vita a maggiori equivoci, in ragione dell'ambigua assonanza con la fonte regolamentare: cfr. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 3/2016, 280.

⁸³ Un elenco aggiornato delle linee guida approvate dall'Anac, delle proposte di linee guida e degli atti preparatori può rinvenirsi in www.anticorruzione.it.

⁸⁴ Le linee guida dell'Anac sono, peraltro, suscettibili di un'ulteriore distinzione tra linee guida atipiche per obiettivi e finalità e linee guida tipiche con oggetto determinato dalla legge, la maggior parte delle quali sono obbligatorie: così G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 280, il quale nondimeno sottolinea non soltanto il ricorso sempre più frequente (e ai più diversi livelli) alle linee guida, ma anche il loro poliformismo e la polisemanticità del termine, dal momento che esso indica non una categoria dogmatica, bensì l'etichetta di contenitori diversi (*ivi*, 275 ss.).

cui debba riconoscersi efficacia obbligatoria⁸⁵; l'altro, di respiro più sistematico, concernente la conseguente scivolosa ri-configurazione (ovvero lo strisciante ridimensionamento) del principio di legalità; infine l'ultimo, relativo agli scopi e alla misura entro cui può ritenersi che gli atti di regolazione flessibile dell'Anac rientrino nell'anodina categoria del c.d. *soft law*.

Per quanto concerne il primo interrogativo, il punto di partenza per una riflessione costituzionalmente orientata è offerto da due pareri con cui il Consiglio di Stato ha affermato che, se le linee guida dell'Anac non vincolanti possono pacificamente considerarsi ordinari atti amministrativi, quelle vincolanti sono inquadrabili tra gli atti amministrativi generali, non potendo a esse ascriversi alcuna natura normativa *extra ordinem* (perché priva del necessario fondamento) e applicandovisi lo statuto proprio del provvedimento amministrativo⁸⁶. Si sarebbe, nondimeno, in presenza di atti «appartenenti al *genus* degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, *sia pure connotati in modo peculiare*»⁸⁷, atti di cui in tal modo non verrebbero compromes-

⁸⁵ La distinzione tra linee guida non vincolanti e linee guida vincolanti non è d'altronde piana, anche in considerazione del fatto che all'interno delle linee guida dell'Anac possono rinvenirsi precetti vincolanti e precetti non vincolanti: cfr. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni ANAC*, cit., 425 s.; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 301 ss.

Il possibile carattere misto delle linee guida dell'Anac è rilevato, altresì, da Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 22 febbraio 2017, n. 775 sullo schema delle linee guida n. 9 (Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016), § 4.3.

Analogamente può dirsi per le linee guida n. 11 (Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea).

⁸⁶ Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 1 aprile 2016, n. 855, cit.; Comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767. Quest'ultimo parere, pur non essendo obbligatorio, è stato reso su richiesta dell'Anac ai fini dell'elaborazione delle linee guida relative a “Responsabile unico del procedimento”, “Offerta economicamente più vantaggiosa”, “Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria”.

⁸⁷ Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767, cit., § 4 (corsivi miei).

Il Consiglio di Stato ritiene, peraltro, che tale qualificazione valga anche per le linee guida (considerate) vincolanti, adottate dall'Anac ai sensi dell'art. 78, comma 1, del decreto legislativo n. 50/2016. Poiché, infatti, tale articolo ha previsto che, fino all'adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo dei componenti delle commissioni giudicatrici,

si gli effetti vincolanti *erga omnes*⁸⁸. Al fine di compensare la compressione del principio di legalità in senso sostanziale – su cui si tornerà – con un più forte rispetto dei criteri della c.d. legalità procedimentale, a tale qualificazione conseguirebbe, pertanto, la garanzia di tutte le regole procedurali vigenti per le autorità indipendenti, tra cui in particolare una preventiva fase di consultazione, l’obbligo di analisi dell’impatto della regolamentazione e di verifica *ex post*, la concentrazione in “testi unici integrati” delle linee guida vertenti sulla medesima materia, nonché forme adeguate di pubblicità.

Pur nell’apprezzamento di uno sforzo ricostruttivo volto a scongiurare il *vulnus* all’assetto delle fonti del diritto, che deriverebbe dall’introduzione di una nuova atipica fonte, tale ricostruzione, tuttavia, non soddisfa appieno (anche, ma non solo) se riguardata sotto il profilo costituzionale e soprattutto per la sottesa ricostruzione del principio di legalità. Può, innanzitutto, dubitarsi della riconducibilità delle linee guida vincolanti dell’Anac agli atti amministrativi generali⁸⁹, dal momento che, pur non potendosi qui ripercorrere l’annoso dibattito sulla generalità e sull’astrattezza delle norme e sul correlato, incerto, *discrimen* tra atti aventi natura regolamentare e atti amministrativi generali⁹⁰, ciò che senz’altro manca alle linee guida dell’Anac

si applichi l’articolo 216, comma 12, del suddetto decreto, nel parere sulle prime linee guida n. 5 la Commissione speciale ha evidenziato la «valenza integrativa del precetto primario attribuita alla suddetta determinazione [dell’Anac]»: Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 14 settembre 2016, n. 1919, § 3.1 (corsivi miei). Inoltre, dal momento che l’art. 78, limitandosi a fare generico riferimento a “determinazioni” dell’Anac, non definisce la natura dell’atto la cui adozione è rimessa all’Autorità, è stata l’Anac a interpretare la prescrizione nel senso che quelle generiche “determinazioni” debbano essere intese come “linee guida”.

⁸⁸ Non ci si soffermerà in questa sede sulla portata delle linee guida non vincolanti e sulla loro collocabilità all’interno delle c.d. fonti terziarie del diritto amministrativo, su cui si vedano F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni ANAC*, cit., 412 ss.; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’Anac: comandi o consigli?*, cit., 284 s.

⁸⁹ Tali dubbi traspaiono, del resto, altresì in Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 3 novembre 2016, n. 2284: «È anche profondamente mutato il ruolo delle stesse linee guida dell’ANAC, in un contesto in cui non è più previsto lo strumento del regolamento generale di esecuzione e attuazione del codice, e le linee guida possono, a seconda dei casi, assumere una portata normativa vera e propria, o una portata regolatoria di *soft law*» (corsivi miei).

⁹⁰ Cfr. M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro italiano*, 1953, p. III, 10 ss.; A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a*

sono i connotati propri degli atti amministrativi generali, ossia: l'essere indirizzati a un numero di destinatari limitato e determinabile, quanto meno *ex post*; l'essere destinati a regolare e, quindi, ad applicarsi a una vicenda determinata e concreta, esaurita la quale i suoi effetti vengono meno; avere la propria causa fondante nel concreto perseguimento dell'interesse pubblico circoscritto dalla legge e temporalmente definito⁹¹.

In considerazione di ciò, una parte della dottrina ritiene che le linee guida vincolanti dell'Anac, pur nella loro problematica atipicità, debbano essere incluse tra gli atti di natura regolamentare⁹², con tutto ciò che ne consegue in termini di efficacia *erga omnes*, applicazione dei principi *iura novit curia* e *ignorantia legis non excusat*, ricorribilità in Cassazione per mancata o falsa applicazione di legge, disapplicazione in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, inderogabilità, configurabilità dell'elemento oggettivo del reato di abuso d'ufficio nel caso di violazione delle linee guida, annullamento dei provvedimenti con esse contrastanti⁹³. In caso contrario, quantunque nella consapevo-

contenuto non normativo, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, II, Padova, Cedam, 1957, 445 ss.

⁹¹ Cfr. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 297 s., che richiama Consiglio di Stato, Ad. plen., sentenza 5 maggio 2012, n. 9. Sul punto si veda anche R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*, 1/2017, 11 ss.

⁹² In tal senso sembra essersi orientata anche l'Anac, che espressamente auto-qualifica alcune delle sue linee guida come "fonti di rango secondario": cfr. Anac, Atto di segnalazione n. 1 del 9 gennaio 2019, concernente la disciplina dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici di cui all'art. 77 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, delibera n. 1 del 9 gennaio 2019.

⁹³ Propende per la natura regolamentare delle linee guida vincolanti dell'Anac G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 287 ss., il quale nondimeno sostiene (condivisibilmente nei termini in cui si dirà *infra*) che non sono ammissibili «regolamenti in quanto espressione di linee guida "libere", ovvero non espressamente previste dal codice dei contratti, ma in virtù dei poteri per obiettivi attribuiti dall'art. 213, comma 2 [del decreto legislativo n. 50/2016]» (*ivi*, 299).

In senso parzialmente diverso cfr. V. ITALIA, *Le "linee guida" e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016, 17 ss., il quale ritiene, in termini più ampi, che le linee guida siano prescrizioni normative che presentano sia somiglianze sia differenze con le direttive, i regolamenti, le circolari e gli atti amministrativi generali.

Per la natura regolamentare si esprimono altresì C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit., 7; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, cit., 770 ss.

lezza della persistenza dei molteplici nodi che il legislatore non ha sciolto, secondo alcuni le linee guida dell'Anac che non possono dirsi vincolanti – il che non è di immediata evidenza – devono annettersi agli atti amministrativi di indirizzo. Da esse, pertanto, le pubbliche amministrazioni possono discostarsi, motivando puntualmente⁹⁴, qualora la peculiarità della fattispecie concreta giustifichi una deviazione dall'indirizzo fornito dall'Anac e salva la possibilità, al di fuori di tali ipotesi, di assumere la violazione delle linee guida come sintomo dell'eccesso di potere⁹⁵.

Nondimeno, un siffatto inquadramento delle linee guida vincolanti apre interrogativi di evidente portata costituzionale, che riaccendono il dibattito sullo sfilacciamento del “sistema delle fonti” per opera di fonti atipiche, sulle trasfigurazioni del principio di legalità, nonché infine sul numero aperto o chiuso delle fonti secondarie, anche in conseguenza dell'assunzione di canoni costruiti sui contenuti precettivi, più che sul *nomen* e sulla forma degli atti. Pertanto, sebbene il riconoscimento della natura regolamentare delle linee guida vincolanti intenda rispondere a esigenze sostanzialistiche di tutela delle situazioni giuridiche soggettive, permangono due ordini di problemi che, a causa delle incognite lasciate insolute dal legislatore delegante e riprodotte da quello delegato, ingenerano incertezze di non poco momento e forti perplessità sul piano costituzionale: *i.* l'assenza di prescrizioni volte a definire e circoscrivere il potere dell'Anac di adottare linee guida anche vincolanti; *ii.* la connessa mancata indicazione delle forme e delle modalità di adozione di tali atti.

⁹⁴ In tal senso si veda M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., 442.

Vi è, peraltro, chi ritiene che le linee guida non vincolanti appartengano alla magmatica categoria delle “fonti terziarie”, proprie del diritto amministrativo: cfr. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni ANAC*, cit., 215 ss., sulla scorta della ricostruzione di M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Le fonti del diritto amministrativo*, cit., 230 ss.

⁹⁵ Così Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767, cit., § 5.3.

Quest'ultima ricostruzione ha trovato, peraltro, conferma in TAR Lazio, Sez. I, sentenze n. 1734 e n. 1735 del 2018, là dove si legge che, quando le linee guida dell'Anac sono riconducibili al novero delle linee guida non vincolanti, esse costituiscono un mero atto di indirizzo e supporto. Esse, pertanto, possono essere oggetto di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo solo unitamente al provvedimento che, recependo e facendo applicazione dell'indirizzo ivi indicato, incida in maniera puntuale sulla posizione giuridica del destinatario.

Sotto il primo profilo, può invero asserirsi che si è di fronte a una doppia (e costituzionalmente discutibile) delega in bianco in favore dell'Anac, in ragione dell'omessa delimitazione di un'attività regolatoria para-normativa (a mo' di regolamenti quasi-indipendenti⁹⁶), che può tradursi in atti aventi efficacia obbligatoria e involgenti i più svariati ambiti dell'azione amministrativa. Difatti, né la legge delega n. 11/2016 detta principi e criteri direttivi idonei a qualificare gli atti vincolanti dell'Anac (salva lo sfuggente riferimento – su cui si tornerà – alla “regolamentazione flessibile”), né il decreto legislativo n. 50/2016 predispone i limiti e le condizioni entro cui l'Anac può adottare indefiniti atti di “regolazione flessibile” (salvo l'ampio rinvio alle future e discrezionali determinazioni dell'Autorità stessa⁹⁷). Fermi restando, dunque, il controllo in sede giurisdizionale delle linee guida vincolanti, quando esse siano contraddittorie, sproporzionate o in contrasto con la normativa primaria⁹⁸, nonché un eventuale secondo intervento correttivo a livello di normazione primaria, vi sono diversi elementi che fanno propendere per l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. *t*) della legge delega n. 11/2016 (in ragione del contrasto con l'art. 76 Cost.⁹⁹) ovvero per l'incostituzionalità dell'art. 213, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016 (in conseguenza della violazione del principio di legalità in senso sostanziale¹⁰⁰, nei termini di cui si dirà¹⁰¹).

⁹⁶ Sull'ambigua definizione di regolamenti “quasi-indipendenti” o “per obiettivi” si veda M. MANETTI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, I, Napoli, Jovene, 2009, 196.

⁹⁷ Il termine “determinazione” viene qui usato in senso lato, essendo esso riferibile in senso stretto agli atti che, «configurati da norme costituzionali quanto ad attribuzione, a struttura, ad effetti e a ruolo, si caratterizzano per essere espressione di un potere giuridico di organi monocratici»: G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2000, 149-150.

⁹⁸ Cfr. C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *Federalismi.it*, 2/2017, 23, il quale inoltre evidenzia che le «finalità di semplificazione regolativa e di efficientamento amministrativo [...] resterebbero chiaramente frustrate e deluse dall'uso di un periodare ambiguo ed equivoco» (*ivi*, 21).

⁹⁹ Come prospettato da M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., 443.

¹⁰⁰ Sul punto si ricordi, *mutatis mutandis*, Corte costituzionale, sentenza n. 115/2011 (corsivi miei): «Questa Corte ha affermato, in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente “l'assoluta inde-

Sotto questo aspetto, interrelato al secondo summenzionato profilo, occorre ricordare che «la potestà normativa di soggetti diversi dal governo o è manifestazione di autonomia costituzionalmente prescritta, e nella disciplina della quale è contenuta tale potestà e *ne è regolato almeno in linea di principio l'esercizio*, oppure si tratta di competenza di organi del potere esecutivo sui quali si esplica un rapporto di direzione o di vigilanza del governo»¹⁰². Tuttavia, né la legge delega n. 11/2016 né il decreto legislativo n. 50/2016 specificano le condizioni, tracciano la forma ovvero differenziano il procedimento di adozione delle linee guida dell'Anac, così come non indicano gli elementi idonei a distinguere le linee guida vincolanti da quelle non vincolanti. L'art. 213, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016 si limita a stabilire che l'Anac trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione ivi indicati, quando li ritenga maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Per l'adozione delle linee guida si prevede inoltre che, al fine di rispettare la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11/2016 e dal codice stesso,

terminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, *ex plurimis*, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa».

¹⁰¹ Seppur con riferimento alle linee guida adottate dall'Anac sulla base della normativa antecedente la legge n. 11/2016, si veda G.M. FLICK, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, cit., 4 s., il quale evidenzia l'incompatibilità con il dettato costituzionale non soltanto dell'attribuzione *de iure*, ma altresì del riconoscimento *de facto* «ad un organo del potere esecutivo o ad una autorità indipendente di un potere regolamentare avente un'ampiezza paragonabile ad una fonte di rango primario, in quanto non assoggettato al rispetto di disposizioni di principio *ex lege*; o in quanto abilitato a disporre in senso contrario a quest'ultima. Una situazione del genere si porrebbe in contrasto con la riserva prevista dell'art. 97 Cost., con l'impianto generale della Costituzione, con i principi dello stato di diritto, della divisione dei poteri e di legalità».

¹⁰² S. LABRIOLA, *Le autorità indipendenti (note preliminari)*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, cit., 20 (corsivi miei).

l'Autorità si doti (nei modi disciplinati dal proprio ordinamento¹⁰³) «di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale». Sulla base di tale disposizione, pertanto, – e dunque al di là delle linee guida partitamente previste da specifiche disposizioni del decreto legislativo n. 50/2016 – l'Anac si (auto?)-riconosce «la generale possibilità [...] di intervenire *motu proprio* con specifici atti regolatori in settori ritenuti di rilievo per il mercato nazionale, allo scopo di garantire il rispetto della legalità e della concorrenza»¹⁰⁴.

Ne emerge, in definitiva, un quadro frammentato e confuso, in cui le modalità di formulazione delle linee guida e, in senso più ampio, i modi di esercizio del potere regolatorio sono implicitamente demandati alle determinazioni dell'Anac, laddove l'attribuzione di carattere vincolante ai “precetti” in esse inseriti risulta, in ultima analisi, rimessa *ex ante* al Consiglio di Stato in sede consultiva ed *ex post* all'autorità giudiziaria. Ciò ha evidenti ripercussioni in termini di certezza del diritto, di diritto di difesa delle parti coinvolte e, conseguentemente, di aumento del contenzioso, soprattutto in considerazione del fatto che le linee guida finora adottate dall'Anac si caratterizzano per uno stile lungo, discorsivo e molto dettagliato, di non facile comprensione per le stazioni appaltanti e per gli operatori economici.

Talvolta sono state, ad esempio, messe in consultazione linee guida contenenti l'espressa indicazione della volontà di integrare le disposi-

¹⁰³ Così come ora previsto dal Regolamento Anac del 13 giugno 2018 per la definizione della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolazione (VIR).

¹⁰⁴ Relazione AIR sulle linee guida n. 10 recanti “Affidamento dei servizi di vigilanza privata”, approvate con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 462 del 23 maggio 2018.

Nonostante i rilievi critici e i problemi interpretativi emersi durante la consultazione pubblica che ha preceduto la deliberazione definitiva dell'atto (segnatamente da parte dell'Unione nazionale degli avvocati amministrativisti), l'Anac ha ritenuto di rinvenire nel solo art. 213, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016 il titolo di legittimazione per l'adozione delle linee guida n. 12 recanti “L'affidamento dei servizi legali”, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 907 del 24 ottobre 2018.

zioni del decreto legislativo n. 50/2016¹⁰⁵. Non di rado l'Autorità ha mancato di precisare quali "prescrizioni" contenute nelle linee guida siano vincolanti e quali siano di solo indirizzo¹⁰⁶, tanto che il Consiglio di Stato ha avuto modo di raccomandare che, qualora si tratti di linee guida vincolanti, l'Autorità delinea in modo chiaro e preciso il "precetto" vincolante da osservare da parte dei destinatari, pubblici e privati, dello stesso¹⁰⁷. In altri casi, sono state persino inserite "prescrizioni" recanti l'interpretazione autentica di una fonte di rango primario¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Così è accaduto, inizialmente, per le linee guida n. 3 (Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni), poste in consultazione il 29 aprile 2016.

Analoga propensione a integrare il dettato della legge è stata evidenziata dal Consiglio di Stato, Comm. spec., nel parere 13 settembre 2016, n. 1903 sullo schema delle linee guida (non vincolanti) n. 4 (Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici), nonché nel parere 9 gennaio 2017, n. 282 sullo schema delle linee guida (non vincolanti) n. 7 (Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016).

¹⁰⁶ L'assenza di tale specificazione in alcune linee guida permane (e trova conferma nelle linee guida n. 12, da ultimo deliberate il 24 ottobre 2018), nonostante che l'art. 2, § 2.2, del Regolamento Anac del 13 giugno 2018 [Definizione della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolazione (VIR)] disponga che «[n]el testo di ciascun provvedimento adottato è specificata la natura dell'atto e indicata l'efficacia vincolante o meno delle disposizioni ivi contenute».

Potrebbe dirsi che l'indeterminatezza circa la natura delle linee guida dell'Anac dipenda dal loro carattere di atti di regolazione flessibile. Nondimeno, ciò evidentemente stride con le regole di azione vincolanti contenute in alcune linee guida, soprattutto quando la loro violazione determina l'irrogazione di sanzioni.

Talvolta le linee guida sono, peraltro, corredate di "box di sintesi", che in alcuni casi vengono segnalati in grassetto. Da ciò, tuttavia, non è dato dedurre se tramite essi l'Anac intenda evidenziare la parte precettiva delle linee guida: cfr. F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, cit., 774.

¹⁰⁷ Cfr. Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767, cit., § 4.2, in ordine al testo iniziale delle linee guida n. 3.

Successivamente, nella relazione illustrativa dell'aggiornamento delle suddette linee guida, l'Anac ha precisato che, all'esito della modifica introdotta con il decreto legislativo n. 56/2017, è stata eliminata la distinzione tra disposizioni delle linee guida aventi natura vincolante e previsioni non vincolanti e che, pertanto, tutte le disposizioni contenute nelle linee guida n. 3 aggiornate al decreto legislativo n. 56/2017 hanno natura vincolante.

¹⁰⁸ Come, ad esempio, rilevato dal Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 26 gennaio 2018, n. 361 sull'aggiornamento delle linee guida n. 4 alle disposizioni del decreto legislativo n. 56/2017.

Tutto ciò, peraltro, si inserisce in un quadro in cui l'Anac ritiene che i poteri di regolazione individuati a livello legislativo possano essere ampliati dalla stessa Autorità, «in virtù del suo ruolo generale di soggetto indipendente posto a governo delle politiche e degli strumenti di anticorruzione e trasparenza» e di quella teoria dei poteri impliciti per cui anche i poteri di altre autorità «si intendono “implicitamente” in grado di governare il complesso delle funzioni e dei compiti ad essa affidati, *anche al di là di quanto espressamente definito dal legislatore*»¹⁰⁹.

Se, dunque, i profili problematici attinenti alle linee guida dell'Anac sono molteplici e stridono sia con il principio di legalità dell'azione amministrativa sia con i principi che presiedono ai rapporti tra le fonti del diritto, il Consiglio di Stato così come parte della dottrina ritengono che alle carenze della normativa sull'Anac in termini di legalità sostanziale e di legittimazione democratica possa sopperirsi con il rispetto delle garanzie proprie della c.d. legalità procedimentale, sinteticamente espresse dal decreto legislativo n. 50/2016, là dove dispone che, per l'emanazione delle linee guida, l'Autorità si doti in particolar modo di forme e di metodi di consultazione (art. 213, comma 2). In virtù di tale previsione, l'Anac sottopone preliminarmente le sue proposte di regolazione a una fase di consultazione, aprendola ai soggetti interessati a far pervenire elementi e rilievi utili alla formazione dell'atto finale.

Come noto, si tratta di una modalità surrogatoria, ritagliata sugli atti di regolazione delle autorità indipendenti¹¹⁰, per i quali si ritiene che «il principio di legalità assum[a] una valenza diversa rispetto ai normali provvedimenti amministrativi»¹¹¹. In quest'ottica, tanto più deve

¹⁰⁹ R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, cit., 940-941 (corsivi miei).

Criticamente sulla possibilità di trarre poteri impliciti (anche di regolazione) dalla funzione di vigilanza cfr. G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti. Recensione a Cristiano Celone, La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2012, cit., 229 ss.

¹¹⁰ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, il Mulino, 2010, 103 ss.; criticamente G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica: tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006, 80 ss.

¹¹¹ Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767, cit., § 4, sulla scorta del precedente parere 1 aprile 2016, n. 855, cit.

essere rafforzata la legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio, quanto meno è assicurata la legalità sostanziale, a causa dell'attribuzione a tali autorità di poteri (amministrativi e normativi) in bianco¹¹². Similmente per l'Anac, la previa fase interlocutoria di coinvolgimento, partecipazione e ascolto dei portatori di interesse, in vista dell'adozione del provvedimento finale, non soltanto costituirebbe un valido filtro limitativo della discrezionalità dell'Autorità, ma si tradurrebbe nella sperimentazione di inedite forme di democrazia c.d. partecipata¹¹³ e di composizione alternativa degli interessi attraverso il coinvolgimento dei soggetti interessati nell'elaborazione degli atti di regolazione¹¹⁴.

L'estensione all'Anac dello schema (e delle virtù compensatorie) della c.d. legalità procedurale si pone, del resto, nel segno di quel connubio tra diritto amministrativo e regimi privatistici¹¹⁵, in cui «la *neutralità-indipendenza* della pubblica amministrazione è la forma in cui si attua una *nuova garanzia* che prende il posto di quella, viceversa recessiva, della legalità e che dà nuova vita alla garanzia di imparzialità: *il principio di efficienza*»¹¹⁶. La riduzione dell'ambito di operatività della legalità sostanziale anche in rapporto all'attività regolatoria dell'Anac risponde, in fondo, all'idea che tale principio attenga alla

¹¹² Così M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, cit., 5. In senso analogo si vedano anche, tra i molti, S. CASSESE, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, in AA. VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino Giappichelli, 1999, 42; R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, relazione al Convegno "Imparzialità e indipendenza delle *Authorities* nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative", Roma, Consiglio di Stato 14 dicembre 2005, rinvenibile in www.giustizia-amministrativa.it, 3; G. AMATO, *Principio maggioritario e autorità indipendenti*, in *Arel Informazioni*, 1/2002, 12; ss.; L. ELIA, *Autorità: uno sguardo costituzionalista*, ivi, 50, il quale nondimeno rimarcava la necessità di «un maggior impegno parlamentare per precisare meglio le scelte politiche che stanno a monte dell'azione delle Autorità (il che vale anche per le deleghe legislative e per le deleghe di funzioni)» (corsivi miei).

¹¹³ Sulle ambivalenze e sulle torsioni procedurali della c.d. democrazia partecipativa sia consentito il rinvio a E. OLIVITO, *Ambiente e partecipazione. Uno sguardo critico*, in *Diritto pubblico*, 2/2011, 589 ss.

¹¹⁴ In questi termini cfr. I.A. NICOTRA, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, cit., 39 ss.; S. LICCIARDELLO, *Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli appalti*, in *Federalismi.it*, 16/2016, 5 ss.

¹¹⁵ Cfr. *supra*, § 1.1.

¹¹⁶ S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, cit., 19 (corsivi dell'A.).

sola azione amministrativa che si esprime in atti aventi un contenuto autoritativo¹¹⁷, non spiegando esso le sue maglie sull'attività privata della pubblica amministrazione¹¹⁸ e neppure sulla regolazione dell'organismo preposto al controllo delle connesse fattispecie negoziali.

Tuttavia, in disparte ogni considerazione sulla previsione di scarse e indifferenziate regole procedurali per l'adozione delle linee guida vincolanti e non vincolanti¹¹⁹, che desta non poche perplessità in conseguenza della differente efficacia giuridica attribuibile alle due tipologie di atti¹²⁰, la decantata compensazione fra il ridimensionamento della legalità sostanziale e lo svolgimento di procedure di c.d. *notice and comment*¹²¹ non soddisfa le esigenze garantistiche, di portata costituzionale, sottese al principio di legalità dell'azione dei pubblici poteri, non fosse altro per la vastità della materia assegnata all'Anac e per l'ampiezza dei poteri conferitigli. L'insoddisfazione nasce, in particolare, dalla constatazione che i termini della partecipazione compensativa alla formazione dell'atto finale sono, in definitiva, rimessi alle valutazioni dell'Autorità, per ciò che concerne sia l'indicazione

¹¹⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1988, 88 s.; in senso analogo S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1995, 431 s.

¹¹⁸ *Contra* tale configurazione del principio di legalità come sola legalità-garanzia, in favore della sua declinazione come legalità-indirizzo, si veda C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 143 ss.

Cfr. altresì F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2006, 275 ss., secondo il quale il contrattualismo generalizzato nelle decisioni amministrative, l'uso del diritto privato con finalità elusive della tipizzazione dell'atto, il preteso esercizio di poteri amministrativi "innati", nonché la contrapposizione tra la regolazione atipica e paralegislativa delle autorità amministrative indipendenti e la funzione amministrativa tipica delle amministrazioni tradizionali costituiscono un esempio di decostruttivismo, ossia di «definizione di istituti e di discipline amministrative che non tengono conto del fondamento ontologico necessario rappresentato dal principio di legalità» (ivi, 275).

¹¹⁹ Art. 213, comma 2, decreto legislativo n. 50/2016.

¹²⁰ Come è stato, infatti, evidenziato, perché la garanzia della legalità sia effettiva, un passaggio essenziale è «la visibilità, conoscibilità e trasparenza del procedimento di formazione dell'atto, delle ragioni del suo farsi e del collegamento che il suo autore istituisce con la legge attributiva del potere (secondo le modalità previste per ciascun tipo di atto)»: F. SORRENTINO, *Legalità e delegificazione*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Milano, Giuffrè, 2000, 4 (corsivi miei).

¹²¹ Cfr. N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, con un contributo di FABRIZIO POLITI, Torino, Giappichelli, 2009, 290 ss.; R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, cit., 20, 36.

degli atti su cui aprire il procedimento partecipativo sia l'individuazione dei soggetti ammessi alla consultazione¹²².

A riprova di ciò, basti pensare che il già citato Regolamento Anac del 13 giugno 2018, oltre a indicare gli atti di carattere generale che non sono sottoposti a consultazione, contiene una clausola finale in forza della quale «non si procede alla consultazione quando essa è incompatibile con *esigenze di opportunità o di urgenza*»¹²³. La bozza dell'atto finale viene sottoposta in consultazione ai soggetti interessati solo «se già predisposta»¹²⁴. Inoltre, sebbene la consultazione si svolga, di regola, in modalità aperta al pubblico e con l'ausilio di tecnologie telematiche, in casi particolari (non meglio specificati) l'Anac può decidere di limitare la consultazione «a soggetti preventivamente individuati *in considerazione dell'oggetto dell'atto di regolazione e/o dell'urgenza di adottarlo*»¹²⁵. Infine, nell'ipotesi di atti aventi, nell'opinione dell'Anac, «un grande impatto sul mercato oppure che riguardino questioni caratterizzate da novità o notevole complessità, il Consiglio può prevedere che la predisposizione del documento di consultazione avvenga all'esito dell'audizione di soggetti portatori di interessi, collettivi e diffusi, pubblici e/o privati, particolarmente qualificati in considerazione dell'oggetto dei suddetti atti»¹²⁶. In tal caso, spetta al Consiglio individuare i soggetti da convocare, mentre gli altri soggetti che chiederanno di essere invitati all'audizione «saranno ammessi a partecipare *ove ne sussistano le condizioni*»¹²⁷.

È di tutta evidenza, pertanto, che la “supplenza” della legalità procedurale in luogo delle garanzie della legalità sostanziale non è in grado di fugare i dubbi di natura costituzionale circa l'attribuzione all'Anac di un indefinito potere regolatorio, perché consegna la tenuta

¹²² A questo proposito, peraltro, così come per le autorità amministrative indipendenti, anche per l'adozione degli atti dell'Anac si ripropone il problema per cui la partecipazione anche di tutti gli interessati «non consentirebbe, comunque, mai di lasciar filtrare, per poterne tenere conto nella composizione finale degli interessi da comprendere nella decisione conclusiva, le posizioni di coloro i quali, pur non essendo direttamente coinvolti dalla fattispecie oggetto di valutazione, siano, comunque, destinatari degli esiti conclusivi delle politiche di settore complessivamente affidate alla cura dell'autorità medesima»: F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000, 158-159.

¹²³ Art. 3, ultimo alinea (corsivi miei).

¹²⁴ Art. 4, § 4.6, lett. f).

¹²⁵ Art. 5, § 5.1.

¹²⁶ *Ibidem* (corsivi miei).

¹²⁷ Art. 6, § 6.1 (corsivi miei).

complessiva del sistema delle fonti e dei connessi principi costituzionali a «un elemento inevitabilmente particolare e individuale, come è quello della (solo possibile, ma non necessaria) partecipazione dei possibili soggetti interessati alla fase genetica dell'atto normativo»¹²⁸ e per di più induce a «“giurisdizionalizzare” la questione della necessaria legittimazione democratica dei poteri normativi delle autorità indipendenti, assegnando al giudice amministrativo il compito di verificare se l'atto è stato adottato all'esito di procedure di consultazione realmente “aperte e trasparenti”, onde consentirgli di annullare il medesimo atto ove questo controllo dovesse dare esito negativo»¹²⁹.

D'altro canto, qualora si ritenga che il “successo” degli atti regolatori dell'Anac (in termini di consenso, di efficacia e di tenuta temporale) possa essere assicurato dal previo coinvolgimento e dall'ascolto dei portatori di interesse qualificato, non v'è chi non veda come, fermi restando i limiti insiti in procedimenti partecipativi di per sé non esenti da noti fenomeni di “cattura” da parte dei gruppi di interesse più influenti e organizzati¹³⁰ e tali da ridurre i cittadini a meri utenti o consumatori, i margini di discrezionalità che l'Anac conserva nel decidere di aprire la consultazione e nella “selezione” degli interlocutori¹³¹ pre-

¹²⁸ M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *RivistaAic*, 4/2018, 58.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Cfr. M.C. ROMANO, *Il ruolo e le competenze dell'ANAC sui contratti pubblici*, cit., 793.

Nel senso che un processo decisionale più trasparente non basta a immunizzare le autorità indipendenti dal rischio di “cattura” da parte degli operatori cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2017, 101 s.; G. DE MINICO, *Il potere regolativo delle autorità indipendenti: Italia ed Europa a confronto*, in C. IANNELLO (a cura di), *Le autorità indipendenti tra funzione regolativa e judicial review*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, 45.

¹³¹ Trattasi, peraltro, di questioni legate alla c.d. legalità procedurale delle Autorità amministrative indipendenti, che hanno fatto capolino anche davanti alla Corte costituzionale – con riferimento alle procedure di consultazione presso l'Autorità per la regolazione dei trasporti – e che, tuttavia, non sono state sufficientemente problematizzate: così M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Democrazia, oggi*, Annuario Aic 2017, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 12 n17.

Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 69/2017: «La possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge, ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno

giudicano a monte la legittimità del compromesso tra legalità sostanziale e regolazione flessibile¹³².

3.1. La riconduzione della “regolazione flessibile” dell’Autorità nazionale anticorruzione nelle maglie del c.d. *soft law*: rilievi critici

Come poc’anzi si ricordava, la legge delega n. 11/2016 e il decreto legislativo n. 50/2016 qualificano gli atti dell’Anac come strumenti, rispettivamente, di “regolamentazione” e di “regolazione” flessibile. Pur nelle incertezze interpretative che sono seguite a tali previsioni, è divenuto frequente l’accostamento di tali atti al c.d. *soft law* ovvero alla *soft regulation*¹³³, cui gli strumenti regolatori dell’Autorità sarebbero nel complesso assimilabili¹³⁴, così da non scardinare il principio

previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti».

¹³² Tali perplessità traspaiono, ad esempio, dai rilievi del Consiglio di Stato, Comm. spec., contenuti nel parere 3 novembre 2016, n. 2284 (sulle prime linee guida n. 8) e nel parere 5 maggio 2018, n. 1173 (sulla linea guida n. 10).

Nel parere n. 2284/2016, in ragione del mutato e rafforzato ruolo delle linee guida dell’Anac, la Commissione ha evidenziato la necessità di reiterare la consultazione, a causa della partecipazione di pochi soggetti, pur a fronte di temi di grande interesse pratico.

Nel parere n. 1173/2018, la Commissione ha reso noto che, dopo aver preso atto da una nota del Presidente dell’Anac che, «trattandosi di mero aggiornamento di una determinazione già adottata, l’Autorità non aveva ritenuto di procedere alla predisposizione della relazione AIR perché non aveva ravvisato “l’esigenza e l’utilità a fronte di un intervento necessitato e di scelte sostanzialmente vincolate”», in un precedente parere interlocutorio aveva rilevato la necessità che l’Anac, prima di aggiornare le suddette linee guida, le sottoponesse alla consultazione pubblica e predisponesse le schede di analisi e di verifica dell’impatto della regolazione.

¹³³ Non essendo in questa sede possibile ripercorrere il dibattito sul *soft law*, che attraversa le discipline giuridiche del diritto con diversità di accenti, si vedano tra i molti K.W. ABBOTT, D. SNIDAL, *Hard and Soft Law in International Governance*, in *International Organization*, 3/2000, 421 ss.; D.M. TRUBEK, P. COTTRELL, M. NANCE, “Soft Law”, “Hard Law”, and European Integration: Toward a Theory of Hybridity, in J. SCOTT, G. DE BURCA (a cura di), *New Governance and Constitutionalism in Europe and the US*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 65 ss.; A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, *passim*; A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2018, 171 ss.

¹³⁴ In questi termini cfr. F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell’autorità nazionale anticorruzione*, cit., 30; I.A. NICOTRA, *L’Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 35 ss.; R. ROLLI, D. SAMMARRO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: l’ANAC e*

di tipicità delle fonti del diritto. In tal senso si è espresso anche il Consiglio di Stato che, dopo aver ricondotto le linee guida vincolanti dell'Anac tra gli atti di regolazione adottati dalle autorità amministrative indipendenti, ha affermato che tale classificazione si giustifica «solo a patto di inquadrarla nella *soft law*, riconoscendo loro natura amministrativa, altrimenti si finirebbe per derogare al principio di tipicità delle fonti normative, che presidia la *hard law*»¹³⁵.

La collocazione delle linee guida vincolanti dell'Anac nell'ambito della sfuggente (e molto in voga) “categoria”¹³⁶ del *soft law* è, tuttav-

l'Uomo di Vitruvio, in *www.giustamm.it*, 4/2016, 6; M. D'ALBERTI, *Il propagarsi della corruzione amministrativa*, cit., 12; R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, cit., 937.

Vi è, invece, chi ritiene che gli atti adottati dall'Anac ai sensi dell'art. 213, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016 siano ascrivibili più che alla *soft regulation*, alle tecniche regolatorie del paternalismo libertario o *nudge*, teorizzate da Richard H. Thaler e Cass. R. Sunstein, le quali, essendo «basate sull'analisi delle condotte dei percettori della regolazione, [...] risultano efficaci per il fatto di indurre certi comportamenti, invece che imporli con la forza della coercizione diretta»: S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2017, 94.

Sui caratteri del *nudge* si vedano R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge, Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale, University Press, 2008; C.R. SUNSTEIN, *Simpler: The Future of Government*, New York, Simon & Schuster, 2013; A. ALEMANNO, A. SPINA, *Nudging legally: On the checks and balances of behavioral regulation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2/2014, 429 ss.

Sulla c.d. *nudge regulation* si vedano le condivisibili considerazioni critiche di S. CONLY, *Against Autonomy – Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; M.D. WHITE, *The Manipulation of Choice. Ethics and Libertarian Paternalism*, New York, Palgrave Macmillan, 2013.

¹³⁵ Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 14 settembre 2016, n. 1920, sullo schema di regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del decreto legislativo n. 50/2016. Tale regolamento è stato poi adottato dall'Anac con delibera del 5 ottobre 2016.

In termini diversi la Commissione si era, invero, espressa nel parere 1 aprile 2016, n. 855, cit., là dove condivisibilmente rilevava le «onerose e defatiganti incertezze applicative [...] che possono derivare anche dal riferimento improprio, operato dai primi commentatori, al concetto di *soft regulation*, estraneo all'ordinamento nazionale e comunque troppo generico, in assenza di una definizione della sua disciplina sostanziale e procedimentale» (corsivi miei).

¹³⁶ Cfr. B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2016, 32 ss., la quale sottolinea come «molti dei tentativi qualificatori della *soft law* falliscano proprio perché guardano ad essa solo dal limitato angolo visuale del farsi del diritto e non, invece, del suo porsi nella realtà come fatto regolante e canone effettivo di comportamento. In questa dimensione dinamica, troppe le varianti e le varia-

a, foriera di non poche incertezze, soprattutto quando il *soft law* venga evocato a proposito di atti “vincolanti” (perché così identificati dall’Anac ovvero dal Consiglio di Stato in sede consultiva). Della forzatura che ne consegue è in qualche modo consapevole lo stesso Consiglio di Stato, là dove, sforzandosi di tracciare una linea di demarcazione tra le linee guida vincolanti e il regolamento dell’Anac sui pareri di precontenzioso di cui all’art. 211, comma 1, del decreto legislativo n. 50/2016¹³⁷, sostiene che il regolamento è essenzialmente rivolto all’interno, anche se con inevitabili ricadute sui terzi, mentre le linee guida vincolanti sono rivolte agli operatori (e dunque all’esterno). Dunque, «[p]er quanto le linee guida di cui si discute siano giuridicamente vincolanti, è pur sempre vero che sulla fase dell’adozione prevale quella dell’attuazione e che *la loro fortuna riposa sul principio di effettività assai più che su quello della cogenza formale*»¹³⁸.

bili perché si possa pensare di fare della *soft law* un fenomeno univoco riducibile a categoria» (*ivi*, 37).

¹³⁷ Ritene che vi sia un’indubbia linea di continuità tra pareri di precontenzioso e linee guida dell’Anac M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2/2018, 573 ss., la quale evidenzia, nondimeno, come l’impugnabilità di atti concepiti per prevenire il contenzioso comporti «il rischio di un incremento del contenzioso stesso, con una eterogenesi dei fini» (*ivi*, 574).

¹³⁸ Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 14 settembre 2016, n. 1920, cit.

In tale parere, peraltro, confermato sul punto dal successivo parere 26 giugno 2018, n. 1632 (sulla modifica del suddetto regolamento), la Commissione ha sostenuto che il regolamento dell’Anac per il rilascio dei pareri di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del decreto legislativo n. 50/2016 avrebbe natura di regolamento di organizzazione [secondo lo schema di cui all’art. 17, comma 1, lett. b) della legge n. 400/1988] e che, sebbene ciò comporti uno scolorimento della sottoposizione al principio di legalità, le autorità amministrative indipendenti possono senza dubbio adottare regolamenti di esecuzione, di attuazione e di organizzazione «anche a prescindere da un’esplicita autorizzazione di legge» (corsivi miei).

Deve tralasciarsi in questa sede il dibattito sul c.d. potere regolamentare delle autorità amministrative indipendenti, ritenuto sussistente da parte della giurisprudenza e della dottrina. Il riconoscimento di tale potere in capo a tali autorità è, nondimeno, nient’affatto pacifico, soprattutto nella dottrina costituzionalistica, non fosse altro per la necessità che il potere regolamentare di organizzazione sia esercitato «secondo le disposizioni dettate dalla legge» [art. 17, comma 1, lett. b) della legge n. 400/1988] e fermo restando che, quando la Costituzione prevede riserve di legge (art. 97, comma 2, Cost.), «queste si impongono alle autorità amministrative indipendenti esattamente come si impongono al potere esecutivo in generale»: G. FALCON, *Il «primo», il «secondo» ed il «terzo» garante nei settori dell’editoria e della radiodiffusione*, cit., 96.

Diverso è, invece, ora il caso del potere regolamentare espressamente attribuito all’Anac dall’art. 211, comma 1-*quater*, del decreto legislativo n. 50/2016 (inserito dalla

Pur dovendo la dottrina frequentemente interrogarsi sulle trasfigurazioni della legalità amministrativa e delle fonti del diritto innescate dal legislatore ordinario – sovente dietro lo schermo degli obblighi derivanti dalla normativa sovranazionale e, invero, talvolta per ciò stesso avallate dai giudici comuni – tanto meno in questo caso può tacersi del fatto che la sperimentazione perpetua, cui aspira la regolazione flessibile demandata all'Anac, costituisce una preoccupante degenerazione giuridica¹³⁹. La degenerazione è evidente quando si pretende che la sperimentazione e la flessibilità regolatoria dell'Anac siano inverte da linee guida anche vincolanti, destinate a sostituirsi a un atto di natura regolamentare (d.P.R. n. 207/2010) e di cui è prevista l'impugnabilità dinanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa¹⁴⁰. Inoltre, le correzioni apportate dal decreto legislativo n. 56/2017 agli articoli 83, comma 2 e 84, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016, nel senso di prevedere che le linee guida, la cui violazione comporta l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie da parte dell'Anac, siano adottate con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e non più dall'Anac (salvo il potere di proposta), denotano che tali linee guida aspiravano – e tutt'ora aspirano – a essere (e di fatto sono) tutt'altro che mera *soft regulation*¹⁴¹.

Nonostante la varietà di forme che il *soft law* assume (tipicamente, ma non solo, nel diritto internazionale e dell'Unione europea) e i differenti gradi di incisività che a esso possono associarsi, ciò che accomuna le molteplici manifestazioni di tale fenomeno è l'assenza di (formale) vincolatività. La loro osservanza discende, infatti, dalla capacità persuasiva dell'organismo da cui provengono e, quindi, dalla volontaria adesione dei soggetti interessati. Diversamente può predicarsi delle linee guida dell'Anac: esse sono in ogni caso idonee a incidere sulle posizioni giuridiche dei destinatari, dal momento che, se

legge n. 90/2017 in sede di conversione del decreto legge n. 50/2017) per l'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-bis e 1-ter del medesimo decreto legislativo, in forza dei quali l'Autorità ha adottato il relativo regolamento del 13 giugno 2018.

¹³⁹ Così M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., 443.

¹⁴⁰ Art. 213, comma 2, decreto legislativo n. 50/2016.

¹⁴¹ Per una distinzione tra *soft regulation*, *self regulation* e *soft law*, pur con l'avvertenza dell'evanescenza della linea di demarcazione fra tali figure, si veda M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2016, 54 ss.

non sono vincolanti, producono in capo alle pubbliche amministrazioni l'obbligo di motivare la decisione di discostarsene, mentre, se sono vincolanti, la loro mancata osservanza produce l'illegittimità degli atti consequenziali, fintanto che non vi sia l'intervento caducatorio dell'Anac in via di autotutela ovvero dei competenti organi in sede giurisdizionale¹⁴².

Se, dunque, l'evocazione del *soft law* nell'ambito del diritto amministrativo ricorda per certi aspetti i dibattiti sulle circolari e sulle norme interne, il richiamo a tale nozione in riferimento all'Anac rischia di costituire una mistificazione dell'obbligatorietà (condizionata o piena) dei suoi atti generali e, dunque, delle connesse carenze di rilievo costituzionale sotto il profilo della legalità e della legittimazione democratica. A questo proposito, il c.d. indurimento dei meccanismi di *soft law*¹⁴³, determinato nel caso in esame dalla diretta impugnabilità degli atti in discussione, non è un rimedio sufficiente a sciogliere i nodi relativi all'ampiezza e all'indeterminatezza dei poteri regolatori dell'Autorità. Tali poteri risentono, infatti, delle criticità proprie di quel "paradigma della flessibilità"¹⁴⁴, che costituisce uno dei pilastri dei nuovi, molteplici, ordini tecnico-economici, insofferenti ai cardini del costituzionalismo moderno, primo fra tutti quello della limitazione del potere.

Al riguardo, la dottrina non ha mancato di sottolineare come l'idoneità dei multiformi atti di *soft law* a produrre effetti giuridici, seppur in via di fatto e in assenza di un *vinculum iuris* (sussistente, però, per le linee guida vincolanti dell'Anac), non infirma, ma semmai rafforza le perplessità attinenti al fondamento dei poteri regolatori (in particolar modo di quelli eretti sulla "tecnica"¹⁴⁵), alle modalità del loro esercizio, all'occupazione delle procedure di consultazione da parte

¹⁴² Come d'altronde riconosciuto dal Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767, cit., § 4.4.

¹⁴³ Così M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 245, che richiama la dottrina francese del *droit souple* e il rapporto del CONSEIL D'ÉTAT, *Etude annuelle 2013, Le droit souple*.

¹⁴⁴ Sul paradigma della flessibilità nella costruzione di un nuovo ordine politico-economico si veda M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1/1996, 172 ss.

¹⁴⁵ Sui rischi legati alla perdita di fondamento costituzionale della tecnica, anche di quella giuridica, si vedano le osservazioni di G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, in G. GRASSO (a cura di), *Il governo tecnico tra tecnica e politica*, cit., 120.

di gruppi di interesse aventi un «privilegio partecipativo»¹⁴⁶, alla conseguente esclusione dei portatori di altri interessi e alla riproposizione di un rapporto osmotico tra regole dell'Autorità e regole imposte dal mercato¹⁴⁷. L'assimilazione, in particolare, delle linee guida dell'Anac al *soft law* appare, in definitiva, come un espediente nient'affatto rispondente all'effettiva portata dell'attività regolatoria dell'Autorità, essendo piuttosto utile a giustificare la scelta (politica, perché non necessitata) di attribuire a tale organismo la regolazione dell'intero comparto dei contratti pubblici mediante deliberazioni non meramente tecniche. L'ingingimento sotteso a una siffatta qualificazione degli atti generali dell'Anac è dimostrato anche dal fatto che, alla luce delle linee guida finora adottate e dei conseguenti aggiornamenti delle stesse, l'Autorità è sembrata limitarsi a dismettere soltanto la forma dell'ordinario modello regolatorio basato su comandi e divieti¹⁴⁸, facendo propri i caratteri e le modalità della c.d. regolazione flessibile solo apparentemente e rivestendo della forma del consiglio ciò che, invece, resta nei contenuti un comando¹⁴⁹.

Ne derivano rischi distorsivi e limitativi della discrezionalità amministrativa e della ponderazione di interessi rimessa alle stazioni appaltanti – che gli atti dell'Anac formalmente non dovrebbero intaccare – poiché, se anche si volesse sostenere che neppure le linee guida vincolanti esauriscono per ciò stesso «la “discrezionalità” esecutiva delle amministrazioni»¹⁵⁰, l'attività regolatoria dell'Anac può indurre le pubbliche amministrazioni ad adeguarvisi passivamente, nel timore di incorrere altrimenti in responsabilità amministrative e, quindi, indipendentemente dalla valutazione della specificità dei casi concreti. Pertanto, «ove le decisioni amministrative, non basate su precedenti avallati dall'Autorità o volte a favorire ricostruzioni innovative a partire dai dati di legge, pur motivate ed espressione di potere discrezionale, fossero censurate dall'Autorità, nell'attività di vigilanza, o utiliz-

¹⁴⁶ F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit., 159.

¹⁴⁷ R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., 33.

¹⁴⁸ Così S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, cit., 118.

¹⁴⁹ Un paradosso, controproducente in termini di stabilità e certezza, da cui mette in guardia G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 318. Si veda anche ID., *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2016, 5.

¹⁵⁰ Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767, cit., § 4.4.

zate come esempi negativi in quella di regolazione, è presumibile che i funzionari pubblici adotterebbero decisioni ripetitive di prassi consolidate o orientate alla acritica applicazione della legge e degli atti di regolazione, anche ove l'applicazione al caso concreto dia esiti non soddisfacenti in termini di sostanziale perseguimento dell'interesse pubblico, se non altro per evitare di incappare nelle responsabilità amministrative conseguenti»¹⁵¹.

L'esito del cambiamento di rotta, che si voleva imprimere alla regolazione dei contratti pubblici attraverso i poteri regolatori dell'Anac è, dunque, paradossale e al contempo inquietante, dal momento che, in modo non dissimile da quanto accade con le autorità amministrative indipendenti¹⁵², si è costruito un sistema in cui «gli operatori economici e gli aspiranti contraenti delle pubbliche amministrazioni: a) subiscono autoritativamente una normazione; b) che un'Autorità amministrativa pone in essere e può continuamente cambiare; c) senza le garanzie tipiche della normazione autoritativa»¹⁵³.

Si è, d'altro canto, in presenza di problematiche note, che negli anni sono state accentuate dalle strabordanti modalità di intervento dell'Anac e che si sono manifestate già sotto la vigenza della legge n. 90/2012, del decreto legislativo n. 33/2013 e del decreto-legge n. 90/2014. È stato, difatti, da tempo segnalato con preoccupazione il ricorrente e sistematico ricorso dell'Autorità a non meglio specificate forme di “interpretazione costituzionalmente orientata”. Esse si traducono «in interventi di *estensione della portata normativa e/o di integrazione delle ritenute lacune* della disciplina in tal modo emanata. Ciò desta fondate e rilevanti perplessità su quella disciplina, sotto il

¹⁵¹ S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, cit., 120.

A riprova di ciò si veda Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 13 novembre 2018, n. 2616, § 7.1 (corsivi miei): «La Commissione è ben consapevole della forte esigenza, sentita dagli operatori economici e dalle amministrazioni aggudicatrici ed emersa chiaramente nell'istruttoria svolta dall'ANAC, di evitare le incertezze insite nel (difficile) esercizio della discrezionalità, così come della preferenza manifestata dagli operatori per l'atto interamente vincolato, meno responsabilizzante per chi lo adotta».

¹⁵² Cfr. G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, Giappichelli, 2004, 223: «il diritto delle A.I. e quello dei privati si impongono ai consociati in ragione del comando, non diversamente dall'eteronomia classica. Dunque, finiscono per ritrovarsi sul terreno dell'imperatività del precetto».

¹⁵³ F. FRANCARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, cit., 98.

profilo della sua conformità ai principi di legalità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.»¹⁵⁴.

4. Amministrazione, contrasto alla corruzione ed elusione del problema del potere politico

Il progressivo affidamento all'Anac della lotta alla corruzione lamentamente intesa e la (non sempre necessitata) dilatazione delle sue funzioni, in termini quantitativi e qualitativi¹⁵⁵, sembrano del tutto rispondenti a quelle esigenze di neutralizzazione, che la collettività e le istituzioni politiche esprimono soprattutto nei momenti di crisi, nell'idea di poter così superare le difficoltà incontrate nell'affrontare la complessità delle dinamiche socio-economiche e dei cambiamenti tecnologici. Come noto, nondimeno, tale tendenza ha già condotto in passato non tanto «alla creazione di poteri neutrali, in quanto non-politici, ma semmai alla creazione di nuovi poteri politici, sia pure in ambiti limitati e in forme razionalizzate»¹⁵⁶.

Tale esito, consolatorio e solo apparentemente disvoluto, sembra confermato dalla latitudine delle funzioni che il Parlamento e il Governo hanno ritenuto di attribuire all'Anac, in ragione degli ampi margini di discrezionalità che a tale organismo sono lasciati, in primo luogo nell'esercizio (e nell'interpretazione) dei propri poteri "regolatori". Difatti, nella misura in cui la prevenzione della corruzione costituisce un interesse pubblico di grandissimo rilievo, che non è certo estraneo

¹⁵⁴ G.M. FLICK, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, cit., 4 (corsivi miei).

L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'Anac sembra, invero, convergere con la prospettazione, pur problematica, di una più robusta applicazione della Costituzione da parte dell'amministrazione, con valore interpretativo delle leggi vigenti, che dovrebbe tradursi nell'impiego delle «norme costituzionali per supplire a lacune delle leggi, dove queste mancano di adeguarsi a principi costituzionali, compresi quelli di imparzialità e buon andamento»: U. ALLEGRETTI, *La Costituzione interpretata dalla pubblica amministrazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018, parte I, 42.

¹⁵⁵ Dalla normativa vigente non traspare, invero, né una correlazione necessitata né un puntuale coordinamento tra le funzioni dell'Anac in materia di prevenzione della corruzione e le funzioni attinenti alla regolazione del "settore" dei contratti pubblici: cfr. A. CANCRINI, *Corruzione e contrattualistica pubblica: ordinamento nazionale e nuove prospettive*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2016, 255 ss.

¹⁵⁶ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 198.

all'Esecutivo e che interseca altri interessi pubblici ovvero principi di rilievo costituzionale ed europeo, diviene evidente che sull'Autorità non è stata riversata una responsabilità meramente tecnico-amministrativa, bensì un potere politico delicatissimo e “in cerca d'autore”. Tale potere fa, in realtà, assegnamento sul velo della neutralità tecnica, così che, stante l'incapacità di definire indirizzi politici chiari e coerenti per l'amministrazione¹⁵⁷, Parlamento e Governo possano dismettere le proprie responsabilità politiche¹⁵⁸. Nell'evidente sottovalutazione delle ricadute che l'elusione della questione della responsabilità ha sulle esigenze del buon andamento¹⁵⁹, ciò, peraltro, è avvenuto nell'errata convinzione che l'imparzialità dell'amministrazione (art. 97, comma 2, Cost.) si esaurisca nella “neutralità” degli organi e degli apparati pubblici¹⁶⁰ e che le occasioni di

¹⁵⁷ Tale incapacità, d'altronde, da tempo connota l'operato degli organi rappresentativi e di governo: così G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, 88 ss.

¹⁵⁸ Come rileva N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, cit., 13 ss. Si tratta, peraltro, di una delle ormai numerose ipotesi in cui «il legislatore decide di non decidere, limitandosi a delegare la scelta fra alternative politicamente imbarazzanti [...] al giudice o – addirittura – ad autorità amministrative indipendenti»: M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali XI, Milano, Giuffrè, 2016, 396 n42.

Ad avviso di chi scrive, sintomatico di ciò e delle strumentalizzazioni cui è soggetto l'operato dell'Anac quando, dietro lo schermo della “neutralità”, si scarichino su di essa valutazioni di natura politica, sono le segnalazioni pervenute all'Autorità da parte del Ministero dello sviluppo economico, in ordine a talune presunte anomalie della procedura di gara per il trasferimento a terzi dei complessi industriali facenti capo alle imprese del gruppo ILVA in amministrazione straordinaria. Pur esulando le segnalazioni dall'ambito di intervento dell'Anac in materia di contratti pubblici, l'Autorità ha risposto alla richiesta del Ministero di esprimersi al riguardo, affinché il suddetto dicastero potesse eventualmente assumere i conseguenti provvedimenti, ma ha altresì evidenziato che «[l']accertamento dei presupposti di fatto e di diritto previsti dalla legge [per l'assunzione di provvedimenti di autotutela], la valutazione dell'interesse pubblico prevalente e lo stesso accertamento delle illegittimità nel caso concreto sono rimessi, ovviamente, alla responsabilità dell'Amministrazione procedente» (corsivi miei): lettera n. 63844 del 19 luglio 2018, rinvenibile in www.sviluppoeconomico.gov.it.

¹⁵⁹ Cfr. L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974, 162 ss.

¹⁶⁰ Condivisibilmente, C. PINELLI, *Art. 97 (I° comma, parte II)*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, La pubblica amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 1994, 245, sul rilievo che i richiami al principio di imparzialità, di cui all'art. 97 Cost., muovano da un presupposto più realistico, che intende convalidare «l'estensione della portata garantistica del precetto nei confronti di parzialità che provengano da poteri privati» (*ibidem*).

corruttela siano inversamente proporzionali alla natura presuntivamente tecnica delle valutazioni rimesse alle pubbliche amministrazioni.

Paradossalmente, tuttavia, nei vasti campi di intervento rientranti nelle determinazioni dell'Anac emerge una visione meramente burocratica della prevenzione della corruzione e una propensione a eludere i problemi di natura (anche e soprattutto) politica, che in tale ambito prepotentemente si affacciano, attraverso una strategia che scommette sulle sole “regole tecniche” e che per certi aspetti replica i difetti (e le finzioni) della separazione tra politica e amministrazione¹⁶¹. La convergenza di aspettative, funzioni e strategie regolative su un solo organismo si nutre, a ben vedere, di una (dissuasiva) illusione e di una (indimostrata) presunzione. Vi è, infatti, l'illusione che, nel silenzio della legge e di fronte a un'amministrazione ormai disabituata a fare utilizzo della discrezionalità inerente all'azione amministrativa¹⁶², il rischio di fenomeni corruttivi possa essere neutralizzato, facendo sì che, al di là dell'apparente sforzo di semplificazione normativa, gli spazi rimessi alle valutazioni discrezionali delle pubbliche amministrazioni siano di fatto riempiti dall'ipertrofica e pervasiva “regolazione flessibile” dell'Anac. Ciò fa, d'altronde, il paio con quella ricorrente presunzione, secondo cui l'attività regolatoria di poteri “neutri” garantirebbe di per sé migliori risultati – sotto il profilo dell'efficacia e dell'imparzialità – di quelli attendibili dall'amministrazione tradizionale¹⁶³. In questo modo si dimentica, però, che il principio di imparzialità non elimina le scelte amministrative *lato sensu* politiche perché

¹⁶¹ In senso critico su tale separatismo si vedano le lucide osservazioni di L. ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Milano, Giuffrè, 1966, 37 ss., secondo il quale «i funzionari, anche se sociologicamente costituissero un corpo unitario, non sono in grado di trovare una unità operativa, ai livelli più alti, se non in quanto debbano realizzare delle “policies” che hanno contribuito a costruire con i dirigenti pubblici: abbandonati a sé stessi, come parlamentari liberati dalla disciplina di partito, cadrebbero direttamente sotto il peso dei gruppi di potere economico» (*ivi*, 38).

Sul punto cfr. anche L. CARLASSARE, *Politica e amministrazione nella Costituzione italiana*, in *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano, Giuffrè, 1998, 70 ss.

¹⁶² Come rimarcato da M. GNES, *Il divieto di “gold plating” nella legge delega sugli appalti pubblici*, cit.

¹⁶³ Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, cit., 171 s.

discrezionali, ma semmai le circoscrive dall'esterno e dall'interno, alla stregua delle regole del sistema democratico¹⁶⁴.

Se, d'altro canto, è per certi aspetti vero che in una società democratica gli itinerari della legittimazione possono essere molto tortuosi¹⁶⁵, è altrettanto vero che, quando la legittimazione di un'autorità pubblica (con funzioni di dissimulata caratura politica) dia prova di essere autopoietica, perché in assenza del tradizionale circuito della responsabilità politico-governativa viene costruita sull'elusiva delimitazione legislativa del potere pubblico di cui quell'autorità è investita, l'esercizio di tale potere può essere foriero di preoccupanti e facili abusi, come pure – nel caso dell'Anac – può tradursi in un'invasione (nient'affatto risolutiva) sia della discrezionalità delle stazioni appaltanti sia dell'operato dell'autorità giudiziaria. In aggiunta a ciò, la fuga dalle garanzie sottese al principio di legalità sostanziale e alle riserve di legge, di cui la Costituzione ha inteso costellare l'azione amministrativa, denota una complessiva sottovalutazione delle implicazioni non neutralmente tecniche, ma politiche, sociali e culturali della corruzione e, di rimando, degli strumenti per contrastarla.

Posto, dunque, che l'attestazione formale della neutralità di un organismo non si traduce di per sé nell'apoliticità delle sue deliberazioni e che per il costituzionalismo democratico rilevano non soltanto le questioni attinenti alla titolarità e all'esercizio del potere, ma anche quelle concernenti la quantità e la qualità del potere¹⁶⁶, bene sarebbe se non si continuasse a confidare nelle virtù taumaturgiche delle autorità "indipendenti" e nella conseguente – seppur non tematizzata e rinnegata – occupazione di spazi politici, senza che siano prima sciolti i nodi (anche) costituzionali sottesi alla vastità delle funzioni loro assegnate.

¹⁶⁴ Sul punto si vedano le riflessioni di A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973, 184 ss.

¹⁶⁵ Cfr. C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 128, che in ciò vedeva il limite della concezione kelseniana della giustizia costituzionale.

¹⁶⁶ Cfr. M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., 159 s.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**
Paolo **CARETTI**
Lorenza **CARLASSARE**
Elisabetta **CATELANI**
Pietro **CIARLO**
Claudio **DE FIORES**
Alfonso **DI GIOVINE**
Mario **DOGLIANI**
Marco **RUOTOLO**
Aldo **SANDULLI**
Dian **SCHEFOLD**
Massimo **VILLONE**
Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca
BASCHERINI, Marco **BETZU**,
Gaetano **BUCCI**, Roberto
CHERCHI, Giovanni **COINU**,
Andrea **DEFFENU**, Carlo
FERRAJOLI, Marco
GIAMPIERETTI, Antonio
IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,
Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**
PINTO, Elisa **OLIVITO**, Laura
RONCHETTI, Ilenia
RUGGIU, Sara **SPUNTARELLI**,
Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**,
Caterina **AMOROSI**, Alessandra
CERRUTI, Andrea **VERNATA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)